Der Lohnanspruch des Arbeitnehmers bei Betriebsstockungen

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Max Loesch

aus Nürnberg

Referendar am Bezirksamt zu Nürnberg

Approbiert am 19. Juni 1930

Nürnberg
Dr. Wilhelm Weiß, Buchdruckerei
1930

30:343

Referent: Univ.-Professor Dr. Locher

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

I. Abschnitt.

Schuldrechtliche Lösungen. 3

§ 1. Begriffsabgrenzungstheorien 4
§ 2. Vertragsauslegungstheorien 12
§ 3. Vertragsverletzungstheorie 16

II. Abschnitt.

Außerschuldrechtliche Lösungen. 22

§ 4. Billigkeitslösungen 23
§ 5. Die Arbeits- und Betriebsgemeinschaft 30
§ 6. Personenrechtstheorien 41

III. Abschnitt.

Lösungsversuch aus dem Gedanken der Verantwortlichkeit einer Person für die in ihrem Rechtskreis fallenden Ereignisse. 47

§ 7. Uberblick über die geschichtliche Entwicklung des Problems der Betriebsstockungen unter besonderer Berücksichtigung seiner Ausgestaltung in Österreich und der Schweiz 48
§ 8. Der Gedanke der Verantwortlichkeit einer Partei für die in ihren Rechtskreis fallenden Ereignisse in seiner Anwendung auf den Arbeitsvertrag 54
§ 9. Typische Einzelgruppen 65
§ 10. Ausschluß der Lohnzahlungspflicht durch Parteivereinbarung 72
§ 11. Der Arbeitsvertragsgesetzentwurf und die gefundene Lösung 75

Schluß. 77

Literaturverzeichnis.

a) Bücher und Abhandlungen.

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. Aug. 1919 10. Aufl. 1929

Crome, System des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Tübingen 1900

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens 2. Abt., Halle 1901

Düringer—Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 2. Aufl.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., Berlin 1900

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse 23.—27. Auflage, Marburg 1927, elfte Bearbeitung von H. Lehmann, Marburg 1930 (Zit.: Enneccerus—Lehmann)

Otto v. Gierke, Deutsches Privatrecht 3. Bd. Schuldrecht, Berlin 1917

Otto v. Gierke, Die Wurzeln des Dienstvertrages (in Berliner Festschrift für Brunner), München 1917

Groh, Koalitionsrecht, Mannheim 1923

Harmsen, Lohnzahlungen bei Betriebsstockungen, Berlin 1925

Hedemann, Lohnzahlung bei Arbeitsverhinderung, Jena 1923

Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts 4. Aufl., Leipzig 1922

Hueck—Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechtes, Bd. 1, Mannheim 1927/28

Kaskel, Lehrbuch des Arbeitsrechts 3. Aufl., Berlin 1928

Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Leipzig 1902/08

Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht in seiner Neuordnung, Berlin 1923

Molitor—Hueck—Riezler, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Mannheim 1925

Nikisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, Berlin 1926

Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin 1923

Oertmann, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, Archiv für die zivilistische Praxis 116. Bd. S. 1 ff.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 1. Abtlg. 5. Aufl., 2. Abtlg. 3./4. Auflage

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 1914/28

RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch erläutert v. Dr. Busch, Erler, Lobe u. a. (Reichsgerichtsrätekommentar), 7. Aufl.

Sigel, Der Gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Stuttgart 1903

Simson, Der Teilstreik und die Lohnansprüche der Arbeitswilligen, Saalfeld i. Thür. 1925

Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, Jena 1921/27

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 9. Aufl.

Titze, Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerlichen Recht, Leipzig 1900

Titze, Das kaufmännische Hilfspersonal in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts 2. Bd. 2. Abtlg.

Trautmann, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrage, Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 59. Bd. S. 434 ff.

b) Zeitschriften und Sammelwerke.

Arb. Ger. Entsch. (Heym), Arbeitsgerichtliche Entscheidungen unter Mitwirkung von Oegg und Wunderlich herausgegeben von Teichmann, Verlag Heymann, Berlin

A. R., Arbeitsrecht, Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, Stuttgart

Arch. bürg. R., Archiv für Bürgerliches Recht

Arch. ziv. Prax., Archiv für die zivilistische Praxis

Bayer. Rpfl. Ztschr., Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Bensh. Samml., Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichtes und der Landesarbeitsgerichte, Verlag J. Bensheimer, Mannheim

DJZ, Deutsche Juristenzeitung

GKG, Gewerbe- und Kaufmannsgericht (Zeitschrift)

Gruch., Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts

JW., Juristische Wochenschrift

LZ, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich

NZFAR, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs

RABL (AT— NAT) Reichsarbeitsblatt (Amtlicher Teil — Nichtamtlicher Teil), Amtsblatt des Reichsarbeitsministeriums und des Reichsamtes für Arbeitsvermittlung

RAGE, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts

Recht, Das Recht, (Zeitschrift)

RGZ, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

Schl. W., Das Schlichtungswesen, Monatsschrift für Arbeitsrecht und Schlichtung, Stuttgart

Stier—Somlo, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier—Somlo u. a., Berlin und Leipzig 1927

Einleitung.

Eines der wichtigsten Probleme aus dem Gebiete des Arbeitsrechtes ist das des Lohnanspruchs des Arbeitnehmers bei Betriebsstockungen. Schon zu Beginn des Weltkrieges ist Trautmann an die Frage herangetreten. Die Veranlassung zu seiner Abhandlung war zwar nicht so sehr das Problem des Lohnanspruchs bei Betriebsstockungen als die Frage der Arbeiterentlassungen, die in den ersten Kriegsmonaten in großem Maßstabe stattgefunden haben. Für Trautmann ergab sich nun die Frage, ob bei Fortbestand des Arbeitsverhältnisses im übrigen während einer Stockung des Betriebes dem Arbeitnehmer auf Grund Annahmeverzuges des Arbeitgebers ein Lohnanspruch zustehe oder ob der Unternehmer wegen Unmöglichkeit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses die Lohnzahlung endgültig einstellen dürfe. Die klare Dogmatik Trautmanns ist sehr bald zu den später auftretenden Tatbeständen des Kraft- und Rohstoffmangels verwendet worden, bei denen nun davon gesprochen wird, daß hier soziale Momente den Ausschlag zu geben hätten. Nach dem Ende des Weltkrieges wurde der Tatbestand der Betriebsstockungen um den weiteren Fall des Teilstreiks bereichert. Die Tatbestände der Betriebsstockungen lassen sich in folgende Gruppen einteilen. Die Betriebsstockung ist zurückzuführen:

1. auf Naturereignisse, die zur Vernichtung des Betriebes führen (etwa die Arbeitsstätte brennt nieder),
2. auf ein technisches Versagen (Mangel an Rohstoffen und Arbeitsgeräten)
3. auf politische Verhältnisse (Feindlicher Einbruch, z. B. Ruhrbesetzung)
4. auf Kampfmaßnahmen der Parteien selbst (Streik, Teilstreik, Aussperrung).

Zur Lösung dieser Probleme verließ man schließlich den Boden des BGB und ging von schuldrechtlichen Lösungsversuchen zu außerschuldrechtlichen über. Teilweise versuchte man eine Lösung aus Billigkeitsgründen, teilweise aus dem Gedanken der Verbundenheit der Arbeitnehmer, dem Solidaritätsgedanken, teilweise aus dem Gedanken der zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern als bestehend angenommenen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft, Potthoff und Harmsen glaubten eine Lösung aus dem Wesen des Arbeitsvertrages als eines Personenrechtsverhältnisses zu finden. Diese Lösungen können nicht befriedigen, da sie zum Teil mit dem geltenden Recht in Widerspruch stehen, zum Teil den Tatsachen nicht gerecht werden. Es soll darum versucht werden, eine neue Lösung

aus dem bereits Gefundenen zu gewinnen, die sich in das System des geltenden Rechts eingliedern läßt und gleichzeitig die Weiterentwicklung der bereits geltenden Normen zeigt.

Nicht behandelt werden die Fälle in denen die Betriebsstockung auf einem Verschulden einer der Parteien beruht. Sie bieten in der P axis keine Schwierigkeiten und können darum ausgelassen werden. Auch eine Reihe von Nebenproblemen, mit denen sich Gesetzgebung und Praxis, namentlich die Tarifverträge, viel beschäftigt haben, solle unberücksichtigt bleiben. Es sollen demnach ausscheiden die Anrechnung eines etwaigen Nebenverdienstes, die Nachholung des Arbeitsausfalles und die Übernahme von Ersatzarbeit.

I. Abschnitt.

Schuldrechtliche Lösungen.

Ein Lohnanspruch steht dem Arbeitnehmer auf Grund des Arbeitsvertrages zu, der zwischen ihm und dem Arbeitgeber besteht. Dieser Vertrag regelt rechtliche Beziehungen zwischen Parteien in ihrer Eigenschaft als Einzelpersonen. Die Zahlung des Lohnes ist eine dem Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer auf Grund des Einzelarbeitsvertrages obliegende Pflicht vermögensrechtlicher Natur und stellt sich als die Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer geleistete Arbeit dar. Die vermögensrechtliche Seite des Arbeitsvertrages ist nicht durch Sondernormen geregelt. Es ist darum auf die schuldrechtlichen Bestimmungen des BGB zurückzugehen und zunächst zu untersuchen, ob nicht der Arbeitsvertrag unter eine der Vertragsarten des 2. Buches des BGB, das von den Schuldverhältnissen handelt, zu subsumieren ist. Die einzig passende Rechtsform der im BGB enthaltenen Verträge ist der in den §§ 611 ff. BGB normierte Dienstvertrag, durch welchen derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung dieser versprochenen Dienste, die Gegenpartei zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet wird (§ 611 Abs. 1 BGB). Der Arbeitsvertrag ist jedoch mit dem Dienstvertrag nicht schlechthin identisch. Der Arbeitnehmer tritt durch den Abschluß des Arbeitsvertrages in ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis zu dem Arbeitgeber. Diese Beziehung fehlt dem reinen Dienstvertrag (man denke an das Dienstvertragsverhältnis zwischen dem Anwalt und seinem Mandanten). Es ist der Arbeitsvertrag ein Unterfall des Dienstvertrags. Hieraus ergibt sich, daß die Normen des Dienstvertrages auf den Arbeitsvertrag anzuwenden sind. Der Arbeitsvertrag gehört ebenso wie der Dienstvertrag zu den gegenseitigen schuldrechtlichen Verträgen. Zur Ergänzung von Lücken, welche die Regelung des Dienstvertrages im BGB aufweist, ist demnach auf die Normen über gegenseitige Verträge (§§ 320 ff. BGB) zurückzugreifen. Soweit auch diese zu einer erschöpfenden Regelung nicht ausreichen, sind schließlich noch die für alle Schuldverhältnisse gegebenen allgemeinen Bestimmungen heranzuziehen. Da der Arbeitsvertrag ein gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag ist, sind zur Lösung der Frage, ob bei Betriebsstockungen dem Arbeitnehmer ein Lohnanspruch zuzubilligen oder zu versagen ist, in erster Linie die zur Entscheidung der Frage gegebenen Bestimmungen des BGB auf ihre Anwendbarkeit hin zu prüfen. Erst wenn diese Normen versagen sollten, ist auf allgemeine Rechtsgedanken einzugehen und mit deren Hilfe eine allgemeine Lösung zu suchen.

Stellt man sich bei Betriebsstockungen auf den Standpunkt, daß die Arbeitsleistung infolge der Betriebsstockung nicht erbracht werden kann, so wird man sagen müsren, daß sie für den Arbeitnehmer unmöglich ist, er also einen Lohnanspruch gemäß § 323 BGB nicht erhält, da die aus dem gegenseitigen Vertrag dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat.

Geht man davon aus, daß der Arbeitgeber als der Dienstberechtigte infolge Versagens der Leistungssubstrate mit der Annahme der Dienste in Verzug geraten sei, so ist ein Lohnanspruch des Arbeitnehmers zu bejahen, ohne daß er zur Nachleistung verpflichtet ist, da die Rechtsfolgen des § 615 BGB eintreten. Dieser entgegengesetzte Standpunkt wird in Wissenschaft und Rechtssprechung annähernd gleichstark vertreten [1]). Nach dem Vorgang Harmsens wird man diese Theorien am besten als Begriffsabgrenzungstheorien bezeichnen dürfen, da sie die Frage stellen, ob Annahmeverzug des Arbeitgebers oder Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vorliegt. Im ersten Fall bejahen sie einen Lohnanspruch, im zweiten Fall verneinen sie ihn.

Zu diesen Autoren, die eine Lösung auf Grund der Bestimmung der Begriffe Annahmeverzug und Unmöglichkeit finden zu können glauben, tritt eine weitere Gruppe, die durch Auslegung des einzelnen Arbeitsvertrages ermitteln will, ob Annahmeverzug oder Unmöglichkeit der Arbeitsleistung gegeben sei.

Eine dritte Reihe nimmt im Falle eines Verschuldens des Arbeitgebers Leistungsverzug desselben nach den §§ 284 ff., 326 BGB an. Harmsen [2]) bezeichnet diese Lösung als Vertragsverletzungstheorie.

§ 1.

Begriffabgrenzungstheorien.

Schon bei den Beratungen der Kommission für die 2. Lesung des BGB [3]) hat das Problem unter der Parole „Unmöglichkeit der Arbeitsleistung od r Annahmeverzug des Dienstherren“ eine eingehende Erörterung gefunden. Nur dachte man nicht an Betriebsstockungen in dem weiten Sinn, wie der Begriff von dem modernen Arbeitsrecht gebraucht wird, dessen einzelne große Tatbestandsgruppen bereits in der Einleitung aufgezählt wurden, sondern man hatte lediglich an Betriebsstockungen gedacht, die etwa durch Kesselexplosion oder Großfeuer hervorgerufen werden. Diese Fälle können unter dem Namen: „Betriebs-

[1]) Ebenso Harmsen S. 4.
[2]) a. a. O. S. 5.
[3]) Protokolle S. 280 ff.

stockungen, die auf ein technisches Versagen oder auf Naturereignisse, welche zur Vernichtung des Betriebes führen, zurückzuführen sind," zusammengefaßt werden.

Eine Reihe von Schriftstellern hält Unmöglichkeit der Leistung für gegeben und verneint daher im Falle einer Betriebsstockung einen Lohnanspruch des Arbeitnehmers.

So versucht Titze [3a]) eine Abgrenzung zwischen den §§ 323 und 615 BGB durch ein näheres Eingehen auf den Unmöglichkeitsbegriff zu gewinnen. Er lehrt, daß zur Bewirkung der Leistung die Person des Schuldners und das Stück Außenwelt, auf das sich seine Tätigkeit bezieht, in gleicher Weise von Nöten seien. Arbeitsobjekt und Arbeitssubjekt seien in ihrer Bedeutung für Leistung und Erfüllung gleichwertig. Daraus hat er geschlossen, daß es für den Begriff der Unmöglichkeit der Leistung gleichgültig sei, ob der Leistungseffekt wegen Versagens der Person des Schuldners oder wegen Versagens des Tätigkeitssubstrates ausbleibt. Mit dem Wegfall der Leistungssubstrate sei die Leistung bereits begrifflich unmöglich [1]). Die Tatsache, daß die Stellung der Substrate Sache des Gläubigers sei, könne aus der unmöglichen Leistung keine mögliche machen und die Anwendbarkeit des § 323 BGB nicht beeinflussen [2]). Gläubigerverzug liegt nach Titzes' Lehre nur vor, wenn die objektiven und subjektiven Voraussetzungen für die Möglichkeit der Leistung in abstracto vorhanden sind [3]). Eine abstrakte Möglichkeit ist aber ein dem BGB unbekannter Begriff und daher zu verwerfen [4]). Später hat allerdings Titze diese Lehre aufgegeben und sich im großen und ganzen Trautmann angeschlossen.

Lotmar [4a]), der im vorliegenden Problem ebenfalls Unmöglichkeit der Leistung und damit eine Verneinung des Lohnanspruchs für gegeben erachtet, geht von dem Wortlaut des § 293 BGB aus und setzt die Worte „nicht annimmt" der Ablehnung der angebotenen Leistung gleich. Für § 323 BGB kommt er auf diesem Wege zu dem Ergebnisse, daß Unmöglichkeit der Leistung in all den Fällen vorliege, in denen die Leistung durch einen anderen Grund als durch die vom Gläubiger aus freiem Willen erfolgte Ablehnung nicht vollbracht werden kann. Nach Lotmar muß die im § 293 BGB als Voraussetzung des Gläubigerverzuges geforderte Nichtannahme eine Ablehnung in Worten oder Werken darstellen. Annahmeverzug liegt nach ihm nur vor, wenn der Gläubiger eine ihm

---

[3a]) Unmöglichkeit der Leistung S. 21 ff.
[1]) Ebenso Dernburg § 303 II 1b; RGRK § 323 Anm. 2, § 615 Anm. 2, dieser gegebenenfalls unter Aufrechterhaltung eines Lohnanspruchs aus § 616 BGB.
[2]) a. a. O. S. 22 ff.
[3]) a. a. O. S. 25.
[4]) So mit Recht schon Trautmann S. 457.
[4a]) S. 281 ff.

ordnungsgemäß angebotene mögliche Leistung aus freiem Willen ablehnt [1]).

Lotmar schränkt ebenso wie Titze, wenn auch aus einem anderen Gesichtspunkt, die Fälle des Annahmeverzuges ein und dehnt die der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung stark aus.

Seine Lehre ist mit den Vorschriften des Gesetzes nicht vereinbar und geht auf eine längst überholte Theorie zurück, nach welcher der Annahmeverzug ein Verschulden des Gläubigers voraussetzt [2]). Trotz der Erklärung des Gläubigers, er werde die Leistung nicht annehmen, ist ein Angebot erforderlich, wenn auch ein erleichtertes. Erst dieses Angebot begründet den Annahmeverzug. Aus der dem Angebot vorausgehenden Willenserklärung des Gläubigers folgt nicht ohne weiteres, daß die vom Gesetz geforderte, dem Angebot nachfolgende Nichtannahme ebenfalls eine positive Willenserklärung sein muß. Nach § 295 Satz 2 BGB genügt die Aufforderung des Schuldners, der Gläubiger solle die ihm obliegende Handlung vornehmen. Es wird damit auf ein Angebot der Schuldnerleistung überhaupt verzichtet. Eine nicht angebotene Leistung kann aber gar nicht zurückgewiesen werden. Der Gläubiger gerät ohne weiteres in Verzug, wenn er auf die einfache Aufforderung des Schuldners hin die ihn treffende Handlung nicht vornimmt.

Ist für die Gläubigersmitwirkungshandlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so ist beim Unterbleiben der Mitwirkungshandlung, ein Angebot überhaupt nicht erforderlich (§ 296 BGB). Wird aber in diesem Fall gar kein Angebot gefordert, so kann auch nicht von einer positiven Ablehnung desselben die Rede sein. Nur bei rechtzeitiger Vornahme der Mitwirkungshandlung, nicht aber bei ihrem Unterbleiben, ist das Angebot erforderlich. Bei einem gegenseitigen Vertrag kommt der Gläubiger in Annahmeverzug, wenn er dem Schuldner seine Leistung nicht anbietet (§ 298 BGB). Dieses Nichtanbieten ist aber nur im Sinne einer negativen Tatsache aufzufassen.

Hauptsächlich spricht gegen die Lehre Lotmars § 299 BGB. Diese Bestimmung erscheint ohne weiteres als eine Ausnahmevorschrift. Nach ihr soll der Gläubiger bei nur vorübergehender Verhinderung nicht in Annahmeverzug geraten. Durch Umkehrschluß gewinnt man die Regel, daß sich der Gläubiger, wenn die sonstigen Voraussetzungen des Annahmeverzugs gegeben sind, nicht auf persönliche Untähigkeit der Annahme berufen kann. Ist der Gläubiger persönlich nicht in der Lage, die Schuldnerleistung anzunehmen, so kann er dennoch in Annahmeverzug geraten. Es kann

[1]) Lotmar S. 281/282.
[2]) S. Motive II S. 68/69, S. auch Oertmann Arch. ziv. Prax. 116. Bd, S. 42.

also keine positive Ablehnung durch den Gläubiger gefordert werden.

Außer diesen Bestimmungen des Gesetzes führt noch ein rechtspolitischer Gesichtspunkt zur Ablehnung der Lehre Lotmars. Der Gläubiger hätte es nach Lotmar in der Hand, die Voraussetzungen des Annahmeverzugs dadurch beliebig zu erschweren, daß er eine positive Ablehnungserklärung nicht abgibt. So würde er vom Gesetz verhängte Rechtsnachteile unschädlich machen können, ein Ergebnis, das nicht befriedigen kann und auch vom Gesetz nicht gewollt ist, da die Bestimmungen über den Annahmeverzug zu Gunsten des Schuldners wirken sollen (man denke z. B. an die Haftungserleichterung des § 300 BGB).

Die Nichtannahme ist also nach den obigen Ausführungen etwas rein Negatives. Auf den Grund der Nichtannahme und auf ein Bewußtsein von deren Bedeutung kommt es nicht an [1]).

Von modernen Autoren vertritt Herschel [2]) die Ansicht, daß bei Annahmeverzug zumindest eine augenblickliche oder zeitliche Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, wenn sich auch der Annahmeverzug durch vier bei ihm gegebene Voraussetzungen von dem allgemeinen Tatbestand der Unmöglichkeit der Leistung abhebt, indem bei ihm die geschuldete Leistung objektiv möglich, der Schuldner subjektiv zu ihrer Vornahme in der Lage sein und den ernsten Willen haben müsse, die ihm obliegende Leistung zu bewirken, ferner müsse die Annahme durch den Gläubiger versagt werden, wobei es keinen Unterschied mache, ob der Gläubiger die Annahme ausdrücklich oder stillschweigend verweigere oder ob er zwar theoretisch die Annahme nicht zurückweise, es praktisch aber doch tue, indem er eine erforderliche Mitwirkungshandlung unterlasse, beim Vorliegen der vierten Voraussetzung sei dem Schuldner die im obliegende Leistung unmöglich, womit erwiesen sei, daß der Annahmeverzug nur ein Sonderfall der Unmöglichkeit der Leistung sei.

Auch Herschel fordert ähnlich wie Lotmar eine Ablehnungserklärung, wenn er auch eine stillschweigende unter Umständen genügen lassen will, und gibt den Annahmeverzug für einen Unterfall der Unmöglichkeit der Leistung aus [2a]). Herschels Lehre ist nicht nur in Widerspruch mit dem Gesetz, sondern auch mit sich selbst, wenn er erklärt, trotz Vorliegens von Unmöglichkeit der Leistung müsse nach den positiven Gesetzesvorschriften der von ihm auf-

[1]) Ebenso die herrschende Meinung Staudinger § 293, Planck § 293 Anm. 3; RGRK § 293 Anm. 1; Oertmann § 293 Anm. 2 und Arch. ziv. Prax. 116 Bd. S. 41—45; Trautmann S. 46 ff.; Simson S. 17/18; Harmsen S. 18.

[2]) AR 1923 Sp. 681—694.

[2a]) Gegen Herschel schon Oertmann Arch. ziv. Prax. 116. Bd. S. 11—13; mit ihm die herrschende Meinung.

gestellte Fall der Unmöglichkeit der Leistung nach den Regeln des Annahmeverzugs behandelt werden. Wenn Herschel zuerst erklärt, man müsse sich von der überlieferten juristischen Terminologie frei machen, dann darf man nicht zu ihr zurückkehren, nur weil angeblich im Gesetz betont ist, daß trotz Vorliegens von Unmöglichkeit der Leistung die Vorschriften über den Annahmeverzug anzuwenden sind. Dem Gesetz selbst ist eine derartige Fiktion, wie Herschel sie behauptet, völlig fremd [1]).

Alle die Autoren, welche im Falle der Betriebsstockung Annahmeverzug des Arbeitgebers für gegeben erachten, berufen sich auf Trautmann [1a]). Nach Trautmann ist zu fragen, ob nach § 323 BGB die Leistung deshalb unmöglich ist, weil die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers unmöglich und der Betrieb deshalb stillgelegt ist, oder ob Unmöglichkeit der Arbeitsleistung nur dann vorliegt, wenn auch bei Unterstellung der bereits erfolgten Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers die Erfüllung des Schuldverhältnisses unmöglich geworden wäre.

Nach Trautmann ist unter Leistung im Sinne des § 323 BGB nur der dem Schuldner obliegende Leistungsanteil an der Erfüllung des Schuldverhältnisses zu verstehen, die Mitwirkungshandlung des Gläubigers habe auszuscheiden. Nach den §§ 240, 241 BGB sei der Schuldner verpflichtet, die versprochene Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glaube mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erforderten. Eine nähere Ausgestaltung dieses den Schutz des Gläubigers wie des Schuldners sichernden Rechtssatzes finde sich u. a. in der Lehre vom Schuldnerverzug und der Unmöglichkeit der Leistung. Die §§ 276, 278, 279 BGB dienten dem Schutze des Gläubigers. Hingegen dienten die Lehre von der vom Gläubiger verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung und die Lehre von der unverschuldeten Unmöglichkeit der Leistung dem Schutze des Schuldners. Soweit die Unmöglichkeitslehre die Folgen der unverschuldeten Unmöglichkeit regle, sei sie ein Teil der Lehre von der Wirkung des Zufalls oder, anders ausgedrückt, ein Teil der Lehre von der Tragung der Gefahr. Der Gesetzgeber habe durch die Ausgestaltung der zufälligen Unmöglichkeit die Leistungspflicht des Schuldners mildern wollen. Beim Gläubigerverzug hingegen treffe die Gefahr des Zufalls den Gläubiger allein. Dieser bleibe beim gegenseitigen Vertrag zu der ihm obliegenden Leistung verpflichtet, während der Schuldner nur die im obliegende Leistung immer bereit halten müsse. Die Gefahr des Untergangs der Schuldnerleistung trage gemäß § 300 BGB

---

[1]) S. auch Harmsen S. 13, der ebenfalls die Ansicht Herschels als in sich widersprechend ablehnt.

[1a]) Gruch. 59. Bd. S. 434 ff.

der Gläubiger selbst. § 615 BGB sei nur die an sich selbstverständliche Folge dieses Grundsatzes [1]).

Eine Leistung, die aus Gründen in der Person des Gläubigers unmöglich sei, sei eine mögliche Leistung, aber nur insoweit, als das BGB im § 295 in Verbindung mit § 297 BGB Schuldnerleistungen als möglich bezeichne, die eine nicht erfolgende Mitwirkungshandlung des Gläubigers zur Voraussetzung haben. Könne der Schuldner das leisten, was er versprochen habe, so sei seine Leistung möglich und zwar so, wie sie nach dem Vertrage zu bewirken sei. Verlange man aber, daß neben der Möglichkeit der Schuldnerleistung auch die Gläubigermitwirkungshandlung möglich sei, so verlange man mehr als das, was das Gesetz vorschreibe. Man fordere dann die Bewirkung der schuldnerischen Leistung, d. h. die Möglichkeit der Erfüllung des ganzen Schuldverhältnisses. Wenn das Gesetz von der Möglichkeit der Leistung spreche, sehe es von der Möglichkeit der Gläubigermitwirkungshandlung vollkommen ab und wolle nur die Möglichkeit dessen in das Auge fassen, was der Schuldnet seinerseits zur Erfüllung beizutragen habe. Wolle das Gesetz die Möglichkeit der Bewirkung der schuldnerischen Leistung ausdrücken, so spreche es von Möglichkeit der Erfüllung. Wenn § 297 BGB als Voraussetzung des Gläubigerverzuges das Anbieten einer möglichen Schuldnerleistung verlange, so werde der Einfluß der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Gläubigermitwirkungshandlung auf die endgültige Erfüllung des Schuldverhältnisses nicht berücksichtigt. Das Gesetz frage auch nicht, ob der Gläubiger die Mitwirkungshandlung vornehmen könne oder wolle; es setze vielmehr nur voraus, daß diese möglich sei und frage somit nur nach der Möglichkeit der Schuldnerleistung. Es wolle die Schuldnerleistung vollkommen losgelöst von der Gläubigerleistung betrachtet wissen; denn der Schuldner solle nichts anderes leisten können, als die ihm nach dem Vertrag obliegende Mitwirkung zur Erfüllung. Könne das der Schuldner, so sei seine Leistung möglich, diese Möglichkeit müsse aber in abstracto vorhanden sein [2]).

[1]) Trautmann S. 450—452.

[2]) Trautmann S. 453—457; ähnlich wie Trautmann auch Kohler Arch. bürg. Recht Bd. 13 S. 149 ff.; 200, 201; nach ihm kann der Gläubiger dann, wenn die ihm obliegende Mitwirkungshandlung objektiv unmöglich ist, dem Schuldner diese Unmöglichkeit nicht entgegenhalten, die zuerst ihn und erst per consequens den Schuldner trifft. Umstände im Bereich seines Annahmewirkens, die sich in das Bereich des schuldnerischen Leistungsbewirkens hinüberstrecken, können ihn nicht veranlassen, seinen Annahmeverzug mit der Begründung abzulehnen, daß der Schuldner infolge dieser Umstände nicht im Stande gewesen sei, zu erfüllen. Nach Crome Bd. 2 S. 149 darf in dem Fall, daß der Hinderungsgrund ausschließlich am Gläubiger, in dessen Person oder Rechtssphäre, liegt, der Schuldner aber dauernd bereit und imstande ist, zu leisten, die Frage nach der Möglichkeit der Leistung gar nicht aufgeworfen werden, sondern der Nachteil fällt dem Gläubiger zur Last.

Unmöglichkeit der Leistung liege nur dann vor, wenn die nach dem Vertrag dem Schuldner obliegende Leistungsverpflichtung derart unmöglich sei, daß auch unter der vertragsmäßigen Mitwirkung des Gläubigers eine Erfüllung unmöglich sein würde oder anders gesagt: Um den Annahmeverzug durch das vergebliche Angebot der Leistung zu begründen, brauche die schuldnerische Leistung nur derart möglich sein, wie sie nach dem Vertrage zu bewirken sei, d. h. nur unter der Voraussetzung, daß auch der Gläubiger das Seinige zur Erfüllung beitrage. Leistung sei derjenige Teil der Erfüllung, den der Schuldner seinerseits nach den Bestimmungen des jeweiligen Schuldverhältnisses, insbesondere eines Vertrages, zur Lösung des Schuldverhältnisses beizutragen habe. Der Umfang der Leistung wechsle nach dem Willen der Parteien auf Grund des jeweiligen Vertrages; der Begriff müsse aber immer derselbe bleiben. Auch in den Fällen des § 615 BGB habe der Dienstpflichtige ohne Rücksicht darauf, ob die Mitwirkungshandlung des Gläubigers ursprünglich oder nachträglich unmöglich sei, seinen Lohn zu erhalten, wenn er zu den vereinbarten Diensten imstande und bereit, der Gläubiger aber an der Annahme oder an der Vornahme der Mitwirkungshandlung verhindert sei [1]).

Trautmann nimmt nach dem Gesagten zur Entscheidung darüber, ob die Leistung des Arbeitnehmers möglich sei oder nicht, eine Trennung zwischen Arbeitsobjekt und Arbeitssubjekt vor. Für die Frage, ob die Arbeitsleistung möglich ist, kommt es ihm lediglich auf die Person des Arbeitnehmers an. Nach ihm besteht im Falle der Betriebsstockung immer ein Lohnanspruch, wenn der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung imstande und bereit ist; denn dann ist nach Trautmann die Arbeitsleistung möglich. § 615 BGB ist für ihn keine Ausnahmebestimmung. Er geht von dem Begriff des Annahmeverzuges als dem Primären aus und schränkt die Fälle der Unmöglichkeit der Leistung erheblich ein [2]). Beim Fehlen der Tätigkeitssubstrate hält er demnach Annahmeverzug für gegeben [3]). Man muß sich

[1]) Trautmann S. 460—463.

[2]) Unrichtig Harmsen S. 22, nach dem Trautmann nur scheinbar von dem Begriff des Annahmeverzugs, in Wahrheit aber von dem Begriff der Unmöglichkeit der Leistung ausgehen soll. Diese Äußerung Harmsens dürfte darauf zurückzuführen sein, daß Trautmann zur Bestimmung des Leistungsbegriffes insbesondere den § 323 BGB heranzieht, m. E. aber nur, um seine aus der Bestimmung des Annahmeverzugs gewonnene Lösung durch Hinweis auf § 323 BGB zu stützen.

[3]) Wie Trautmann erachten ebenfalls bei Betriebsstockungen Annahmeverzug für gegeben: Gierke Privatrecht S. 618 Anm. 120; Düringer—Hachenburg Anm. 7 vor § 59; Simson S. 19 20, der besonders betont, daß Trautmann das Verdienst habe, in vollkommen richtiger Weise den Begriff der Leistung nachgewiesen zu haben und daß den Arbeitswilligen bei Teilstreik nicht deshalb der Lohn zu versagen sei, weil die Arbeitsleistung unmöglich geworden sei.

bei einem Heranziehen der Schrift Trautmanns zur Entscheidung der Frage, ob im Falle einer Betriebsstockung ein Lohnanspruch gegeben ist oder nicht, bewußt sein, aus welchem Anlaß die Schrift abgefaßt wurde. Im zweiten Kriegsjahr veröffentlicht, wollte sie den Nachweis erbringen, daß die infolge der Kriegswirtschaft vom Unternehmer entlassenen Arbeiter einen Lohnanspruch haben. Es lag hier der Tatbestand vor, daß die Arbeitsleistung nicht erbracht werden konnte infolge einer Maßnahme, welche die Arbeitgeber, durch die politischen Verhältnisse gezwungen, ergriffen haben. Es ist sehr fraglich, ob Trautmann auch für den Fall, daß die Betriebsstockung durch Kampfmaßnahmen von Arbeitnehmern verursacht ist, sich mit dem Vorliegen des Annahmeverzugs begnügt hätte.

Gegen Trautmann und die ihm folgende Literatur und Rechtsprechung [1]) lassen sich aber auch Bedenken aus dem Gesetz selbst herleiten. Annahmeverzug setzt die Möglichkeit der Arbeitsleistung voraus. Die Leistung muß selbst dann möglich sein, wenn ein Angebot aus besonderen Gründen nicht erforderlich ist. Es ist m. E. sehr zweifelhaft, ob man sagen kann, die Arbeitsleistung sei schon dann möglich, wenn der Arbeitnehmer zu ihr imstande und bereit ist [2]). Man muß dann nicht nur rein objektive Tatsachen, sondern auch innere subjektive Momente feststellen, was an sich zur Feststellung der Möglichkeit einer Leistung nicht erforderlich ist. Das äußerliche objektive Moment des Arbeitsbeginnes ist ebenfalls nicht geeignet in den Fällen, in denen ein Angebot überhaupt entbehrlich wird, nämlich im Falle des § 296 BGB.

Beachtet man noch die §§ 611 und 614 BGB, so ist darin deutlich zum Ausdruck gebracht, daß der Dienstpflichtige im voraus Arbeit zu leisten hat, wenn er einen Anspruch auf Lohn erwerben will. Mit einem bloßen Sichbereithalten hat der Arbeitnehmer noch nicht genug getan [3]). Stellt man sich auf diesen Standpunkt, so erscheint § 615 BGB als eine Ausnahmevorschrift nicht nur gegenüber § 614 BGB, sondern auch gegenüber den allgemeinen Lehren über Annahmeverzug. Eine derart weite Ausdehnung

---

[1]) Trautmann folgte erstmalig das Landgericht I Berlin JW 1920 S. 504 in einem Urteil vom 6. 10. 1919 und bejahte für den Fall des Teilstreiks einen Lohnanspruch der Arbeitswilligen, indem es das Vorliegen des § 615 BGB bejahte, des § 323 BGB verneinte, mit zustimmender Glosse von Oertmann.
S. auch Groh S. 168 169 Anm. 32 und 33 ebenfalls zustimmend, ferner Potthoff RABl 1921 S. 672 ff, NAT; gegen Potthof Erdmann RABl 1921 S. 851 NAT.

[2]) Diese Folgerung haben außer Buchwald NZfAR 1922 S. 453 ff. in der Tat gezogen: Stadthagen GKG Bd. 5 S. 262 und Cuno JdR 1911 S. 210, die beide wiederum Endemann folgen (I 8 S. 1091). Für Endemann sprechen Protokolle II S. 181. Vgl. auch RGZ Bd. 3 S. 179 ff. Gegen Endemann Motive II S. 462, 463.

[3]) So Karger DJZ 1920 Sp. 710—712.

des § 615 BGB, wie Trautmann und die ihm folgende Literatur und Rechtsprechung der Bestimmung geben, ist m. E. auf Grund einer rein gesetzmäßigen Abgrenzung zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit nicht gerechtfertigt. Im Falle der Betriebsstockungen, die auf politische oder wirtschaftliche Kampfmaßnahmen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zurückzuführen sind, sehen sich die meisten Autoren, welche Annahmeverzug für gegeben erachten, gezwungen, Ausnahmen von dem von ihnen aufgestellten System zu machen. Es versagt also m. E. die im Gesetz enthaltene Lehre des Annahmeverzugs. Er läßt sich zur Entscheidung über die Frage, ob im Falle von Betriebsstockungen ein Lohnanspruch gegeben ist oder nicht, nicht verwerten.

Zusammenfassend läßt sich zu dieser Theorie sagen: Die Autoren, welche Unmöglichkeit der Leistung für gegeben erachten, schränken den Begriff des Annahmeverzugs ein und erzielen zwar so den Vorteil, daß sie bei einer Betriebsstockung, die durch Kampfmaßnahmen von Arbeitnehmern hervorgerufen ist, also vor allem beim Streik, den Arbeitswilligen einen Lohnanspruch versagen. Sie sind aber schwerlich zu billigen, wenn die Betriebsstockung hervorgerufen wird durch ein technisches Versagen des Betriebes, das etwa auf Rohstoffmangel, Kohlenmangel, Ausbleiben des elektrischen Stromes usw. zurückzuführen ist, also auf das Fehlen von Leistungssubstraten, deren Stellung Sache des Arbeitgebers ist. Hier nur dann einen Anspruch auf Lohnzahlung wegen Annahmeverzugs des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer zuzubilligen, wenn jenen ein Verschulden trifft, dem widerspricht grundsätzlich § 615 BGB und das Wesen des Gläubigerverzugs überhaupt, der, wie wir gesehen haben, ein Verschulden nicht voraussetzt.

Erachtet man nun mit Trautmann und seinen Anhängern Arbeitsbereitschaft als genügende Voraussetzung des Annahmeverzugs, so widersprechen dem die Vorschriften der §§ 611 und 614 BGB.

Geht man von dem Leistungsbegriff des BGB aus, der überhaupt nicht unmittelbar aus ihm zu entnehmen ist, so kommt man zu widersprechenden Ergebnissen. Dieser Weg kann demnach nicht der richtige sein, schon um deswillen nicht, da er lediglich auf individuelle Verhältnisse zugeschnitten ist.

§ 2.

Die Vertragsauslegungstheorien.

Da man erkannt hat, daß sich auf dem Wege der rein logisch abstrakten Bestimmung des Begriffes Leistung sowohl die Ansicht, daß im Falle einer Betriebsstockung Unmöglichkeit der Leistung gegeben sei, wie auch die

Ansicht, daß Annahmeverzug vorliege, begründen läßt, ging man von einer systematischen Lösung auf Grund der Vorschriften des BGB zu einer Lösung auf dem Wege der Vertragsauslegung über. Die Feststellung, ob im Falle einer Betriebsstockung Unmöglichkeit der Arbeitsleistung oder Annahmeverzug des Arbeitgebers vorliege, sollte nicht einheitlich für alle Fälle durch die Vorschriften des BGB zu bestimmen sein, sondern nur im Hinblick auf den Inhalt des einzelnen Arbeitsvertrages. Der Wille der Partei soll den Ausschlag geben, ob Annahmeverzug oder Unmöglichkeit vorliege. Es kommt nach einigen Autoren darauf an, ob beim Arbeitsvertrag der Arbeitnehmer ganz allgemein Arbeit oder Arbeit in einer bestimmten Form anbieten muß. Die Entscheidung sei dem vom Richter zu ermittelnden Willen der Parteien zu entnehmen. Jede Aufstellung allgemeiner Regeln widerspreche einem der wichtigsten Grundsätze des BGB, dem Satze der Anerkennung des freien Vertragswillens der Parteien. Durch eine Aufstellung allgemeiner Regeln werde der Praxis die Ellbogenfreiheit genommen, deren sie gerade hier dringend bedürfe [1]).

Habe nach dem Vertrag der Arbeitnehmer nur seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, so soll nach Sigel im Fall der Betriebsstockung Annahmeverzug des Arbeitgebers gegeben sein. Habe dagegen der Arbeiter Arbeit an einer bestimmten Maschine, in einer bestimmten Betriebsstätte, zugesagt, so sei Unmöglichkeit der Arbeitsleistung gegeben, wenn diese Maschine nicht geliefert oder diese Betriebsstätte zerstört sei [2]).

Diese drei Autoren gehen zwar von demselben Gesichtspunkt aus, nämlich von der Auslegung des Vertrags zur Ermittlung des Parteiwillens. Sie sind sich aber nicht darüber einig, was als mutmaßlicher Wille der Kontrahenten zu gelten habe, wenn sich aus irgend einem Grund der Parteiwille nicht oder nicht mehr feststellen läßt.

Nach Sigel und Planck soll der Arbeitnehmer im Zweifel versprochen haben, an einer bestimmten Stelle zu arbeiten. Bei der Arbeitsleistung handelt es sich nach Sigel [3]) normaler Weise nicht um die Bewirkung einer einmaligen, auf einen bestimmten Zeitpunkt sich konzentrierenden Leistung, wie bei der Übergabe des Kaufgegenstandes oder der Hingabe einer Darlehenssumme, sondern um die Entwicklung einer zusammenhängenden, ununterbrochenen Tätigkeit während eines gewissen mehr oder weniger

---

[1]) Sigel S. 52 ff.

[2]) Wie Sigel auch Planck § 616 Anm. 5 und Enneccerus § 367 IV. Enneccerus—Lehmann § 57 I 2, nicht der Ansicht der 23.—27. Aufl. folgt, ist abzulehnen, da er für die von ihm vertretene „Sphärentheorie“ keine systematische Begründung gibt.

[3]) a. a. O. S. 71.

langen Zeitraumes im Betriebe des Arbeitgebers. Die bestimmte Stätte oder Maschine ist nach Sigel und Planck für die Tätigkeit des Arbeiters wesentlich. Im Zweifel schuldet der Arbeiter nicht Arbeitsleistung schlechthin, sondern eine genau bestimmte Tätigkeit an einer bestimmten Maschine oder in einem bestimmten Betrieb.

Demgegenüber vertritt Enneccerus die Ansicht, nicht die Leistung an einer bestimmten Maschine oder in einer bestimmten Arbeitsstätte sei im Zweifel das von den Parteien Gewollte, da für die Dienste eines Fabrikarbeiters die bestimmte Fabrik oder Maschine nicht wesentlich sei, der Arbeiter sich vielmehr die gleiche Beschäftigung in einer anderen Fabrik gefallen lassen müsse, die Dienstleistung also durch den Untergang der Fabrik nicht unmöglich geworden sei, sondern nur die dem Dienstberechtigten obliegende Annahme der Dienste. Nach Enneccerus ist also im Zweifel Arbeitsleistung schlechthin geschuldet. Praktisch haben diese gegensätzlichen Ansichten große Bedeutung. Nach Sigel und Planck läge im Zweifel eine von keiner der Parteien verschuldete Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vor, wäre also ein Lohnanspruch des Arbeitnehmers nicht gegeben. Folgt man hingegen Enneccerus, so wäre im Zweifel ein Lohnanspruch des Arbeitnehmers zu bejahen, da ja für den Regelfall der Arbeitgeber bei einer Betriebsstockung mit der Annahme der Arbeitsleistung in Annahmeverzug geriete.

Diese Lösungen entbehren nicht einer gewissen Willkür. Das beweist schon der Umstand, daß ihre Vertreter, obwohl sie sämtlich von einer Auslegung des Arbeitsvertrages zur Ermittlung des Parteiwillens ausgehen, als Regelfall einen verschiedenen Parteiwillen gelten lassen wollen. Eine Vertragsauslegung ist immer in das, wenn auch pflichtgemäße Ermessen dessen gestellt, der den Vertrag zu deuten hat. Naturgemäß müssen sich Kontroversen ergeben. Die verschiedenen Resultate zeigen, daß die Theorie falsch sein muß. M. E. scheint Enneccerus das Richtigere zu treffen, da seine Lösung den Spezialvorschriften des Dienstvertrages näher kommt, der ausdrücklich in § 615 BGB eine Sondernorm zu Gunsten des Dienstleistenden enthält. Doch für alle Fälle läßt sich die Ansicht von Enneccerus, der Arbeitnehmer schulde im Zweifel Tätigkeit schlechthin, nicht durchführen, da es doch auch einem einfachen Arbeiter ohne besondere Vorbildung nicht ohne weiteres zugemutet werden kann, an einer anderen Arbeitsstätte als der ursprünglichen tätig zu werden, was für ihn oft mit großem Aufwand an Zeit und Geld verbunden sein kann. Man denke nur daran, der Arbeitgeber beschäftige den Arbeiter in einem Betrieb, der sehr weit von dem ursprünglich in Aussicht genommenen entfernt ist, soll es sich dann der Arbeitnehmer ohne weiteres

gefallen lassen, um einen Lohnausfall zu vermeiden, auf Weisung des Arbeitgebers an der für ihn sehr ungünstig gelegenen Arbeitsstätte tätig zu werden?

Groh und Staudinger (s. u. Anm. 1, 2) versuchen ebenfalls auf dem Wege der Vertragsauslegung eine Lösung des Problems. Nur betont sie besonders die Anwendung des § 242 BGB. Der Vertragsinhalt müsse nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte festgestellt werden. Auch nach diesen Autoren läßt sich eine Lösung der Frage, ob Annahmeverzug des Arbeitgebers oder Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vorliege, nur auf Grund der Vertragsauslegung ermitteln [1]). Zu diesen Autoren, die mit Hilfe der Vertragsauslegung von Fall zu Fall entscheiden wollen, und so gewissermaßen einen vermittelnden Standpunkt einnehmen, ist auch Groh zu zählen [2]). Dieser geht zwar von dem Begriff der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung aus, der nach ihm nur relativ sei, sich also nicht einheitlich für alle Fälle gewinnen lasse, sondern nur aus dem Maß der Schuldnerverpflichtung jeweils herauszuschälen sei, und gelangt so schließlich zur Bestimmung des Begriffes der Unmöglichkeit zu einer Auslegung des Einzelarbeitsvertrages. Zur Bestimmung der Schuldnerverpflichtung sei die Verkehrssitte mit Rücksicht auf Treu und Glauben maßgebend, die allerdings für bestimmte Rechtsverhältnisse selbst wieder zum Typus und damit absolut gültig werden könne. Da der Begriff der Unmöglichkeit relativ sei, lasse er sich nur von Fall zu Fall in Beziehung mit der unmöglich gewordenen Verpflichtung bestimmen. Damit der Schuldner die seiner Verbindlichkeit entgegenstehenden Widerstände überwinde, werde von ihm Kraftanstrengung gefordert, deren Maß nach dem speziellen Vertragsinhalt verschieden sei. Der Dienstpflichtige schulde allein seine Tätigkeit zu bestimmter Zeit, an bestimmtem Ort und in bestimmter Form. Unterlasse nun der Arbeitgeber seine Mitwirkungshandlung, gleichgültig ob verschuldet oder unverschuldet, so liege Annahmeverzug vor. Die Grenze zwischen dem, was der Schuldner und dem, was der Gläubiger zu tun habe, sei nach den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der speziellen Verkehrssitte, des engeren Arbeitsverhältnisses und des singulären Arbeitsvertrages zu entscheiden. Sei nun unter Beachtung all dieser Normen eine Arbeitsbereitschaft nicht möglich, so sei Gläubigerverzug ausgeschlossen, es liege vielmehr Unmöglichkeit der Leistung vor; sei aber Arbeitsbereitschaft gegeben, dann handle es ich um Annahmeverzug, wenn der Arbeitgeber trotz Möglichkeit der Leistung die zu ihrer Bewirkung erforderliche Mitwirkungshandlung unterlasse.

---

[1]) Staudinger § 611 Anm. V.
[2]) a. a. O. S. 167—170.

Auch Groh gehört in die Gruppe derer, welche eine prinzipielle Entscheidung für das vorliegende Problem für undurchführbar halten und nur von Fall zu Fall durch Ermittlung des Parteiwillens eine Lösung zu finden hoffen.

Sämtliche angeführten Meinungen, die eine allgemein gültige Lösung ablehnen, können nicht befriedigen, da sie immer versagen, wo eine Vertragsauslegung nicht Platz greifen kann, weil der Inhalt des Vertrages aus irgend welchen Gründen sich nicht ermitteln läßt oder über den Lohnanspruch im Falle einer Betriebsstockung eine Vereinbarung unter den Parteien überhaupt nicht getroffen wurde, sei es, daß sie nicht daran gedacht haben, sei es, daß sie mit Absicht keine Abrede getroffen haben, weil sie nicht einig werden konnten und für den Streitfall das Gericht entscheiden lassen wollten. M. E. ist ohne eine feste systematische Grundlage in dem hier gegebenen Falle gar nicht auszukommen, wenn man nicht das Streiten verewigen will.

§ 3.

Vertragsverletzungstheorie.

Die Vertragsverletzungstheorie versucht das Problem nicht von Fall zu Fall, sondern allgemein an Hand positiver Gesetzesbestimmungen zu lösen. Nach dieser Theorie, deren Begründer Kaskel [1]) ist, liegt im Falle der Betriebsstockungen dann Leistungsverzug einer der Parteien vor, wenn eine von ihnen ein Verschulden trifft. Bei Wegfall der Leistungssubstrate soll Unmöglichkeit der Leistung gegeben sein. Diese Theorie stellt eine glückliche Lösung insofern dar, als sie den allgemein verständlichen und leicht feststellbaren Begriff des Verschuldens zur Lösung des Problems heranzieht.

Kaskel behauptet, die Nichtbereitstellung eines normal funktionierenden Betriebes versetze den Arbeitgeber höchstens in Leistungsverzug, sofern er die Nichtstellung zu vertreten habe. Es bestehe dann gemäß den allgemeinen Normen der Schuldverhältnisse eine Pflicht des Arbeitgebers zur Lohnzahlung und darüber hinaus zu Schadenersatz, liege aber kein Verschulden des Arbeitgebers vor, so treffe diesen auch keine Lohnzahlungspflicht.

---

[1]) NZfAR 1922 Sp. 1 ff. und Lehrbuch des Arbeitsrechtes S. 129—131. Kaskel folgten das GG Berlin in einem Urteil vom 29. 6. 22. GKG Bd. 27 S. 269; GG Flöha Urteil v. 13. 11. 22. NZfAR 1923 Sp. 255; GG Zweibrücken Urteil v. 31. 3. 22. NZfAR 1923 Sp. 457; vgl. Aubele Bayr. Rpfl. Ztschr. 1926 S. 33—39, welcher unrichtig die vertragsmäßige Verpflichtung des Arbeitgebers zur tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers als den Regelfall bezeichnet und so Kaskel zustimmt.

Es sei falsch, die Beschaffung des Arbeitssubstrates als eine Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers zu betrachten. Der Arbeitsvertrag erschöpfe sich nicht in der Entgeltleistungspflicht des Arbeitgebers und in der Pflicht zur Leistung von Arbeit seitens des Arbeitnehmers. Wie der Arbeitnehmer neben der Arbeitspflicht auch eine Treu- und Ersatzpflicht zu erfüllen habe, obliege dem Arbeitgeber neben der Lohnzahlungspflicht auch eine Reihe anderer Pflichten, so die Pflicht der sozialen Fürsorge für den Arbeitnehmer gemäß den §§ 617, 618 BGB. Eine solche Pflicht sei auch die Pflicht zur Beschaffung der Arbeitssubstrate, die im wesentlichen drei Bestandteile umfasse:

1. die Pflicht zur Bereitstellung eines normal funktionierenden Betriebes,

2. die Pflicht zur Lieferung von Werkzeugen und Stoffen und

3. die Pflicht zur Übertragung von Arbeit.

Die Pflicht zur Beschaffung des Arbeitssubstrates sei eine eigentliche Rechtspflicht, die zwar im Gesetz nicht ausdrücklich behandelt werde, aber nach allgemeiner und wohl unbestrittener Auffassung eine selbstverständliche, vom Gesetz vorausgesetzte Pflicht des Arbeitgebers bilde, welche kraft Gesetzes bestehe und im Arbeitsvertrag nicht besonders ausbedungen zu werden brauche. Sie sei höchstens einer besonderen Ausgestaltung durch vertragliche Vereinbarung fähig und somit eine vertragliche Leistungspflicht des Arbeitgebers, welcher bezüglich dieser Vertragspflicht der Schuldner und der Arbeitnehmer der Gläubiger sei. Die oben erwähnten drei Vertragspflichten des Arbeitgebers seien nicht, wie die herrschende Lehre annimmt, eine Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers, eine solche liege nur dann vor, wenn die Handlung des Gläubigers allein dazu erforderlich sei, die Handlung des Arbeitnehmers zu ergänzen, insbesondere dann, wenn sie nur in einem bestimmten persönlichen Verhalten bestehe, (z. B. Hinhalten des Armes zum Massieren usw.) Sei aber ein eigenes selbständiges Handeln einer Vertragspartei erforderlich, welches die fremde Leistung nicht bloß ergänze, sondern eine eigene Leistungspflicht enthalte, wie die Beschaffung, Lieferung und Aufstellung der Arbeitssubstrate, so bestehe eine eigene Rechtspflicht. Die Nichtbeschaffung der Leistungssubstrate könne daher nur Leistungsverzug des Arbeitgebers oder Unmöglichkeit der vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer geschuldeten Leistung begründen. Treffe nun den Arbeitgeber an der Nichtbeschaffung der Leistungssubstrate ein Verschulden, für das bei Rohstoffmangel, der auf allgemeiner Knappheit, behördlicher Anordnung oder Rationierung beruhe, ein sehr strenger Maßstab anzulegen sei, so sei er dem Arbeitnehmer zum Schadenersatz in vollem Umfang verpflichtet, der auch entgangenen Gewinn

umfasse nach den §§ 286 und 280 BGB, nicht bloß Lohnausfall und Mehraufwendungen gemäß den §§ 615 und 304 BGB. Ein Verschulden und demgemäß eine Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers dürfe nur verneint werden, wenn diesem auch bei größter Anstrengung und kluger Betriebsleitung die Beschaffung der Substrate unmöglich gewesen sei.

Der Arbeitgeber habe nun in zeitlicher Reihenfolge zuerst die Arbeitssubstrate zu stellen, dann folge die Leistungspflicht des Arbeitnehmers und schließlich infolge § 614 BGB die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers. Die Erfüllung der späteren Pflicht habe begriffsnotwendig die Erfüllung der früheren zur Voraussetzung. Falle die frühere Leistung weg, so könne auch die spätere nicht verlangt werden. Mit dem Wegfall der Arbeitssubstrate als der begrifflich notwendigen Voraussetzung der Arbeitsleistung werde daher die Arbeitsleistung ihrerseits unmöglich, genau so wie mit dem Wegfall der Arbeitsleistung grundsätzlich auch keine Lohnzahlung mehr stattfinde. Bei Wegfall der Leistungssubstrate richte sich ein Lohnanspruch des Arbeitnehmers nach den Vorschriften der §§ 323—325 BGB, der also nur dann zu bejahen sei, wenn ein Verschulden des Arbeitgebers oder seiner Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) vorliege.

Bei Teilstreik ist nach Kaskel mit dem Wegfall der Leistungssubstrate ein Lohnanspruch der Arbeitswilligen nicht begründet.

Bei einer Betriebsstockung, die auf Naturereignisse, auf ein technisches Versagen oder auf politische Verhältnisse zurückzuführen ist, hält Kaskel bei Verschulden des Arbeitgebers einen Lohnanspruch und darüber hinaus sogar einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers für gegeben. Treffe aber den Arbeitgeber an dem Unterlassen der Arbeitsleistung kein Verschulden, so hält Kaskel eine Teilung des Betriebsrisikos für angezeigt, da sich beide Parteien gleich stark gegenüberstehen. Gegen die Theorien, die im Fall der Betriebsstockung Annahmeverzug des Arbeitgebers oder Unmöglichkeit der Leistung, die von keiner der Parteien zu vertreten ist, annehmen, ist die Lösung ohne Zweifel in dem Fall begrüßenswert, in welchem den Arbeitgeber ein Verschulden trifft. Er ist dann bedeutend schlechter gestellt als im Falle eines Annahmeverzugs, da er nicht nur den entgangenen Lohn zu zahlen hätte, sondern Schadenersatz im vollen Umfang leisten müßte. Andererseits ist im Falle eines Teilstreiks der Arbeitswillige schlechter gestellt als bei Unterstellung eines Annahmeverzugs des Arbeitgebers, in welchem Falle dem Arbeiter gemäß § 615 BGB ein Lohnanspruch zukäme. Ungünstiger als bei Vorliegen des § 615 BGB ist die Lage des Arbeitnehmers auch in allen

übrigen Fällen der Betriebsstockungen dann, wenn den Arbeitgeber kein Verschulden trifft, da ihm dann nur ein Lohnanspruch in halber Höhe zustehen soll.

Kaskel beruft sich zur Stützung der von ihm entwickelten Theorie auf das Bürgerliche Gesetzbuch. Diesem ist aber eine Halbierung des Betriebsrisikos schlechthin unbekannt. Es mag zugegeben werden, daß sich Kaskel insoweit nicht auf das Gesetz, sondern auf die rein tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien beruft, die heutzutage einander gleichstark gegenüberstehen sollen, eine Behauptung, die sehr umstritten ist. Auf jeden Fall ist die Lehre Kaskels mit den Vorschriften des BGB auch dann unvereinbar, wenn man von der Halbierung des Risikos absieht. Kaskel behauptet, die Beschaffung der Arbeitssubstrate sei eine echte Schuldnerverpflichtung des Arbeitgebers, weil dem Arbeitnehmer ein Recht auf Arbeit zustehe. Zur Untersuchung der Frage, ob dem Arbeitnehmer ein derartiges Recht eingeräumt ist, muß man zunächst auf die gesetzlichen Bestimmungen zurückgehen, welche die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien des Arbeitsvertrages enthalten. Eine derartige Norm ist § 611 BGB. Nach diesem wird durch den Dienstvertrag derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Hier wird nur von der Pflicht zur Leistung von Diensten und der Pflicht zur Zahlung der vereinbarten Vergütung gesprochen. Eine weitere Pflicht als die der Lohnzahlung legt das Gesetz dem Arbeitgeber nicht auf.

Nun ist § 611 BGB als schuldrechtliche Norm mangels besonderer gesetzlicher Bestimmung, welche ihn für zwingend erklärt, nachgiebiger Natur. Es besteht deshalb kein Bedenken, daß die Parteien ausdrücklich oder auch nur stillschweigend eine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers vereinbaren, dem Arbeitnehme also ein Recht auf Arbeit einräumen. Im Fall einer dahin gehenden Abrede muß diese erkennbar oder mit Hilfe der Auslegungsregeln der §§ 133, 155 BGB erforschbar und gemäß dem Parteiwillen dem Inhalt des Arbeitsvertrages zurechenbar sein [1]). Eine stillschweigende Vereinbarung einer Beschäftigungspflicht für praktisch unmöglich zu halten, geht wohl zu weit [2]). Dem Arbeitnehmer steht also nur kraft besonderer ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung ein Recht auf Beschäftigung zu [3]), auf Grund dessen aber dann dem Arbeitnehmer auch eine Klage auf Erfüllung

[1]) S. Bewer, NZfA 1921 Sp. 31.
[2]) Kohler DJZ 1911 Sp. 54 räumt dem Bühnenkünstler nur ein Recht auf Kündigung wegen Nichtbeschäftigung ein. Eine derartige Beschränkung würde aber seinem Vertragswillen in keiner Weise entsprechen.
[3]) so auch u. a. Hueck—Nipperdey S. 217.

der dem Arbeitgeber obliegenden Beschäftigungspflicht zuerkannt werden muß, da dann die Pflicht des Arbeitgebers zur Beschäftigung des Arbeitnehmers eine echte Schuldnerpflicht darstellt und es keinen Sinn hat, diese mit anderen Rechtsfolgen als den im Gesetz vorgesehenen auszustatten [1]).

Zur Stützung der Ansicht Kaskels können aber auch die Artikel 157 und 163 Abs. 2 der Reichsverfassung nicht herangezogen werden. Diese beiden Bestimmungen sind lediglich programmatischer Natur, aus denen nicht gefolgert werden kann, daß der Arbeiter auf Grund seines Arbeitsvertrages ein Recht auf Beschäftigung hat. Artikel 163 Abs. 2 der Reichsverfassung spricht nur davon, daß jedem Deutschen gegen den Staat, also nicht gegen den einzelnen Arbeitgeber, ein Recht auf Verschaffung einer Arbeitsgelegenheit zustehe, das mit einem etwaigen Recht auf Beschäftigung auf Grund eines Einzelarbeitsvertrages nichts zu tun hat [2]). Dieses Recht auf Arbeit des Art. 163 Abs. 2 der Reichsverfassung bezweckt lediglich den Schutz des arbeitslosen Staatsbürgers. Es stellt sich aber dar als das jedem arbeitsfähigen und arbeitswilligen, aber arbeitslosen Staatsbürger gegen den Staat zustehende Recht auf Abschluß eines Arbeitsvertrages unter Verbürgung einer Unterstützung durch den Staat für den Fall des Nichtzustandekommens eines Arbeitsvertrages [3]).

Auch die §§ 84, 87 Abs. 2 und 97 des Betriebsrätegesetzes geben keinen Anhalt für die Lehre Kaskels. Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellt, diese Bestimmungen seien privatrechtlicher, nicht öffentlichrechtlicher Natur, so räumen sie dennoch dem Arbeitnehmer kein Recht auf Beschäftigung ein. § 87 Abs. 2 des Betriebsrätegesetzes gewährt dem Arbeitgeber die facultas alternativa, den Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen oder eine entsprechende Entschädigung an diesen zu zahlen, wenn eine Kündigung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber zu Unrecht erfolgt ist. Durch dieses Wahlrecht des Arbeitgebers wird aber ein Recht auf Beschäftigung vereitelt, da ja der Arbeitgeber zu jeder Zeit das Mittel der Entschädigung wählen und so den Arbeitnehmer entlassen kann, was das Gegenteil einer Weiterbeschäfti-

---

[1]) So richtig Bewer a. a. O. Sp. 34; a. A. Oertmann § 611 Anm. 2d, der im Falle einer Nichtbeschäftigung durch den Arbeitgeber für den Arbeitnehmer nur die Rechtsfolgen des § 615 BGB eintreten lassen will, was m. E. unrichtig ist, da diese Rechtsfolgen auch dann eintreten würden, wenn dem Arbeitnehmer kein Recht auf Beschäftigung eingeräumt wäre, eine besondere Abrede einer Beschäftigungspflicht also überflüssig wäre.

[2]) Vgl. Franke, NZfA 1924 Sp. 551 ff.

[3]) Franke a. a. O. Sp. 551

gung darstellt [1]). Auch für Betriebsratsmitglieder besteht kein Recht auf Beschäftigung. Der § 97 des Betriebsrätegesetzes bezieht sich nur auf die Tätigkeit der Arbeitnehmer in ihrer Eigenschaft als Betriebsräte, nicht auf ihre Rechte als Arbeitnehmer. Bezüglich dieser sind sie nicht besser und nicht schlechter gestellt als jeder andere Arbeiter des Betriebes, dem sie selbst angehören [2]). Es steht also auch den Betriebsratsmitgliedern kein Recht auf Beschäftigung, von besonderer vertraglicher Vereinbarung abgesehen, zu. Selbst wenn ihnen ein Recht auf Arbeit zustünde, wäre das eine Ausnahmebestimmung, die als solche restriktiv ausgelegt werden müßte, also nicht auf Arbeitsverträge von Nichtbetriebsratsmitgliedern ausgedehnt werden dürfte.

Schließlich wären noch die §§ 617 und 618 BGB zu prüfen, ob sie nicht direkt dem Arbeitnehmer ein Recht auf Stellung der Arbeitssubstrate einräumen. Diese beiden Bestimmungen besagen nicht, daß der Arbeitgeber die Gerätschaften und Räume überhaupt zu stellen habe, sie besagen nur, daß der Arbeitgeber, wenn er sie zu liefern hat, sie ordnungsgemäß stellen muß. Auch sie begründen also keine Pflicht des Arbeitgebers auf Stellung der Leistungssubstrate.

Auf Grund der bisherigen Ausführungen steht es demnach im Belieben des Arbeitgebers, ob er die Arbeitssubstrate stellen und dann die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers annehmen will oder nicht. Die Befugnis zur Stellung oder Nichtstellung der Substrate ist ein Ausfluß des Direktionsrechtes des Arbeitgebers. Diesem gegenüber kann es, von freiwilliger vertraglicher Beschränkung des Arbeitgebers abgesehen, keinen Rechtsanspruch des

---

[1]) Die herrschende Meinung versteht unter dem Recht auf Weiterbeschäftigung des § 87 Abs. 2 des Betriebsrätegesetzes nichts anderes als die Erneuerung des durch die Kündigung bereits beendigten Arbeitsvertrages bzw. die Rücknahme der Kündigung, so Kaskel S. 116, Oertmann Arbeitsvertrag S. 241, Molitor NZfA 1926 Sp. 67.
Daß nach dieser Ansicht ein Recht auf Beschäftigung ausgeschlossen ist, bedarf wohl keiner näheren Erläuterung. Nicht auf Grund eines bestehenden, sondern auf Grund eines vom Arbeitgeber zu Unrecht gekündigten Arbeitsvertrages wird hier von einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers gesprochen, die nichts anderes darstellt als die Wiederaufnahme der alten vertraglichen Beziehungen. Gegen diese Ansicht mit Recht Bewer a. a. O. Sp. 31, der ausführt, daß die Meinung, es handle sich um Abschluß eines neuen Vertrages mit gleichem Inhalt oder um Rücknahme der ausgesprochenen Kündigung deshalb abzulehnen ist, weil sie einen gekündigten Arbeitnehmer besser stellen würde als einen ungekündigten, indem sie ihm mehr einräumte als ihm nach dem ursprünglichen Arbeitsvertrag zukäme, nämlich ein Recht auf Beschäftigung.

[2]) S. Franke SchlWesen 1924 S. 191; Leonhardt SchlWesen 1925 S. 24.

Arbeitnehmers auf Beschäftigung und damit auch auf Stellung der Arbeitsunterlagen geben [1]).

Nach Kaskel ist entweder Leistungsverzug oder Annahmeverzug gegeben, aber nie beides zusammen. Nach den Vorschriften des BGB ist aber das Nebeneinanderbestehen von Leistungs- und Annahmeverzug sehr wohl möglich [2]), selbst wenn sich der Arbeitgeber in mora debitoris bezüglich der Beschaffung der Arbeitssubstrate befände, so verbliebe ihm ja noch der Anspruch auf Leistung der Arbeit.

Aus allen diesen Gründen ist die Lehre Kaskels als mit dem Gesetz unvereinbar abzulehnen.

Auch eine weitere Theorie, die man unter den Begriff der Vertragsverletzung stellen kann, ist mit den Vorschriften des BGB nicht zu vereinen. Der Schlichtungsausschuß Coburg [3]) sieht in den streikenden Arbeitnehmern die Erfüllungsgehilfen des Arbeitgebers und leitet hieraus eine Haftpflicht des Arbeitgebers aus § 278 BGB gegenüber den lohnfordernden Arbeitswilligen her. Ein Teil der Arbeitnehmer kann aber m. E. niemals bezüglich der Arbeitsleistung Erfüllungsgehilfe des Arbeitgebers gegenüber einem anderen Teil derer sein, die mit ihm die gleiche Arbeitspflicht zu erfüllen haben, sondern nur gegenüber außenstehenden Dritten [4]).

Es ist darum auch die Schlußfolgerung des Schlichtungsausschusses Coburg abzulehnen [5]).

Die bisher gezeigten Lösungen des Problems der Betriebsstockungen haben kein befriedigendes Ergebnis gezeigt. Sie alle versuchen, die Dogmatik des BGB zur Lösung einer Frage zu verwerten, für die sie zum Teil nicht paßt, zum Teil auch nicht analog verwertet werden kann.

II. Abschnitt.

Außerschuldrechtliche Lösungen.

Obwohl der Arbeitsvertrag ein schuldrechtlicher Vertrag ist, versagen die allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen des BGB bei der Lösung der Frage, ob bei Betriebsstockungen, die nicht auf ein Verschulden einer der Parteien zurückzuführen sind, ein Lohnanspruch des Arbeitnehmers gegeben ist oder nicht. Je nach der Einstellung, die man gegenüber den Vorschriften des BGB

[1]) So die herrschende Lehre u. a. RGRK § 611 Anm. 3; Staudinger § 611 Anm. IX, Oertmann § 611 Anm. 2d und NZfA 1922 Sp. 461 ff.; Buchwald AR 1922 Sp. 361; Simson S. 9; Harmsen S. 45; Krückmann LZ 1926 Sp. 9 ff.

[2]) Hohenstein Gruch. 48. Bd. S. 711 ff.

[3]) GKG Bd. 26 S. 19.

[4]) So richtig Lindig GKG Bd. 26 S. 172.

[5]) So auch Simson S. 14; Harmsen S. 44.

einnimmt, gelangt man zu einer Bejahung oder Verneinung des Lohnanspruchs. Man vertrat deshalb die Ansicht, zur Lösung der Frage sei auf die Vorschriften über Treu und Glauben, welche die §§ 157 und 242 BGB enthielten, zurückzugreifen. Die Autoren, welche die Frage der Betriebsstockungen nach Treu und Glauben lösen wollen, halten zwar die Anwendung des § 615 formal für gerechtfertigt, verkennen aber keineswegs die Härte, welche die Anwendung desselben gegen den Arbeitgeber zur Folge hat, wenn etwa die Betriebsstätte durch Naturereignisse vernichtet oder die Betriebsstockung durch Kampfmaßnahmen von Arbeitern hervorgerufen ist. Ein Teil der Autoren verficht die Ansicht, daß soziale Gesichtspunkte den Ausschlag zu geben hätten. Andere nehmen, gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben, eine systematische Aufteilung der Fälle der Betriebsstockungen vor.

Mehrere Autoren leugnen den schuldrechtlichen Charakter des Arbeitsvertrages überhaupt, nehmen vielmehr ein personenrechtliches Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer an und gelangen so, vollkommen unabhängig von den Vorschriften des BGB, zu einer Aufteilung der Fälle der Betriebsstockungen.

§ 4.

Billigkeitslösungen.

Koffka geht von dem Gedanken der Rücksicht auf den Arbeitnehmer als den wirtschaftlich Schwächeren aus, ist sich aber vollkommen bewußt, daß dieser Gesichtspunkt schwere, nicht gerechtfertigte Nachteile für den Arbeitgeber in sich birgt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in den §§ 615 und 616 der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers Rechnung getragen. Darum soll nach Koffka aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben § 615 BGB zur Anwendung gelangen, dem Arbeitnehmer also ein Lohnanspruch zustehen, obwohl § 323 BGB formal zur Anwendung zu kommen hätte. Gemäß § 615 BGB treffe der Zufall stets den Arbeitgeber, der Arbeitnehmer werde nur insofern nicht von der Arbeitsleistung befreit, als er sich immer bereit halten müsse. Das habe aber der Arbeitnehmer getan, wenn er sich zur Verrichtung der Arbeit bereit erklärt habe [1]).

Ausgehend von der Erwägung, daß trotz formaler Anwendbarkeit des § 615 BGB für den Arbeitgeber schwere Nachteile erwachsen könnten, gelangen Oertmann [2]) und Titze [3]) aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu einer systematischen Gliederung der Fälle der Betriebsstockungen. Oertmann steht in seinem im Jahre 1918 er-

[1]) Koffka DJZ 1920 Sp. 644—645.
[2]) Arch. ziv. Prax. 116. Bd. S. 38.
[3]) J. W. 1922 S. 549 ff.

schienenen Aufsatz „Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug“ (Arch. ziv. Prax. 116. Bd. S. 1 ff.) zwar noch vollkommen im Banne der Dogmatik des BGB. Er unterscheidet Fälle, wo der Leistungserfolg vom Schuldner ohne jede Mitwirkung des Glaubigers hergestellt werden kann, ferner Fälle, in denen die Leistungshandlung als solche ohne Zutun des Gläubigers bewirkt werden kann, während der Eintritt des Leistungserfolges und damit die Erfüllung des Schuldverhältnisses eine hinzutretende Mitwirkung des Gläubigers im Sinne einer Annahme durch Wort oder Tat oder beides zusammen erfordert, schließlich Fälle, in denen schon zur Vornahme der Leistungshandlung selbst eine Mitwirkung des Gläubigers unerläßlich ist. Zu diesen Fällen zählt Oertmann auch das Stellen der Leistungssubstrate, bei denen die Mitwirkung des Gläubigers zu Beginn der Schuldnerhandlung steht [1]). Aber bereits hier scheidet Oertmann die Fälle aus, in denen die Mitwirkung des Gläubigers mit einer einmaligen Stellung des Substrates noch nicht abgeschlossen ist. So müsse der Gläubiger möglicher Weise das Substrat, z. B. das Fabrikgebäude, dem Schuldner dauernd oder wenigstens für längere Zeit zur Verfügung stellen oder halten. Aber hier erklärt Oertmann, daß das geltende Recht des BGB für den Fall des Wegfallens der Substrate nichts Entscheidendes in dem einen oder anderen Sinn aussage, die Entscheidung müsse wohl zu Gunsten des Schuldners, damit der werktätigen Klasse, ausfallen. Mit der einmaligen Stellung des Substrates habe der Gläubiger noch nicht das Seinige getan. Er müsse die Substrate nicht nur liefern oder stellen [2]), sondern die ihm obliegende Mitwirkung erstrecke sich auf eine dauernde Bereithaltung. Werde diese ihm unmöglich, so entfalle an erster Stelle seine Mitwirkungshandlung und erst in zweiter Linie die dem Schuldner obliegende Leistungshandlung. Ist jedoch nach Oertmann mit der einmaligen Stellung des Substrates die mitwirkende Tätigkeit des Gläubigers abgeschlossen, so soll Unmöglichkeit der Leistung vorliegen, also ein Lohnanspruch des Arbeitnehmers nicht bestehen [3]).

Später hat Oertmann für die Lösung des Problems von der Dogmatik des BGB Abstand genommen und den Gedanken der Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäfts- oder Betriebskreis verwertet. Man muß nach Oertmann fragen, in wessen Person oder Einwirkungsbereich das Leistungshindernis seinen Urgrund habe. Trete das Hindernis beim Arbeitnehmer ein, z. B. er habe die Stoffe

[1]) Oertmann a. .a. O. S. 31—39 und LZ 1927 Sp. 1177 ff.

[2]) In diesem Falle wäre nach Oertmann Unmöglichkeit der Leistung gegeben; denn habe der Gläubiger das Leistungssubstrat gestellt, versage dieses aber, dann sei für den Annahmeverzug kein Raum, da der Gläubiger seine Mitwirkungshandlung vollzogen habe. A. a. O. S. 38.

[3]) Oertmann a. a. O. S. 39.

zu stellen, so bekomme er keinen Lohn, wenn er diese nicht zu stellen vermöge, fielen aber die vom Arbeitgeber zu stellenden Substrate weg, so sei es billiger, diesen im Sinne des Annahmeverzugs mit der Verantwortlichkeit für den eigenen Betriebskreis zu belasten als den bei dem Ereignis unbeteiligten und darauf ganz einflußlosen Arbeitnehmer. So aufgefaßt, entwickle sich die Behandlung des Annahmeverzugs fort zu einer Anerkennung des den Unternehmer treffenden Betriebsrisikos. Das Versagen der von ihm zu stellenden Arbeitssubstrate gehöre zu den Passiven des Betriebes, die sinngemäß dem zur Last fielen, der auch die Aktiven des Betriebs einheimse [1]). Oertmann nimmt nun allerdings von dem Betriebsrisiko, das nach ihm der Arbeitgeber nur aus Billigkeitserwägungen zu tragen hat, bestimmte Fälle aus, nimmt also eine systematische Gliederung der einzelnen Fälle der Betriebsstockungen vor, einzig und allein aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben. Er stellt dem individuellen Betriebsrisiko das generelle gegenüber, welches dann vorliegen soll, wenn das Unterbleiben der zur Arbeit nötigen Mitwirkungshandlungen des Arbeitgebers auf allgemeinen Hindernissen beruht, z. B. feindlichem Einbruch, Kohlenmangel, Generalstreik, Mißernte. Hier liege kein Annahmeverzug vor gemäß der analogen Anwendbarkeit der Schuldnerhaftung des § 279 BGB, sondern Unmöglichkeit der Leistung. Allgemeine Hinderungsgründe hätten grundsätzlich mit dem Betrieb des einzelnen Unternehmers nichts zu tun. Dem Arbeitgeber für solche Fälle einen Lohn aufzubürden, ginge über die Grenzen sozialer Gerechtigkeit, vielfach selbst Zuträglichkeit, hinaus [2]).

Auch nach Titze sollte in allen Fällen des Unterbleibens der Gläubigermitwirkungshandlung Unmöglichkeit der Arbeitsleistung gegeben sein, da für die Tätigkeit des Schuldners seine Person und das Stück Außenwelt, auf welches sich seine Tätigkeit bezieht, von gleicher Bedeutung sei [3]). Diesen Standpunkt hat Titze später aufgegeben und sich im wesentlichen der Lehre Trautmanns angeschlossen [4]). Er nimmt nun für den Fall der Betriebs-

[1]) Oertmann Arbeitsvertrag S. 169, 170 und NZfAR 1922 Sp. 461 ff.
[2]) Oertmann Arbeitsvertrag S. 170.
[3]) Unmöglichkeit der Leistung S. 24—25.
[4]) Ehrenberg Bd. 2 S. 744 und JW 1922 S. 549. Nach Titze kann die Erfüllung des Schuldverhältnisses auf zweifache Weise gehindert werden. 1. Die vom Gläubiger zu erwartende Mitwirkungshandlung unterbleibt, 2. dem Solutionseffekt stellen sich sonstige nicht in einer ausbleibenden Mitwirkungshandlung wurzelnde Hindernisse entgegen. Nur im letzten Falle spreche das Gesetz von einer Unmöglichkeit der Leistung, im ersten Falle von Annahmeverzug. Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug unterständen demnach dem Oberbegriff des Erfüllungshindernisses und unterschieden sich dadurch voneinander, daß in dem einen Falle das zur Erfüllung Fehlende vom Gläubiger zu beschaffen war, im anderen Falle nicht. S. auch Titze JW 1923 S. 247.

stockung genau wie Oertmann eine Scheidung in individuelles und generelles Betriebsrisiko vor. Im letzteren Fall glaubt Titze ebenso wie Oertmann Unmöglichkeit der Leistung annehmen zu müssen, da die Nichtbeschaffung von Unschaffbarem nicht als Unterlassung einer vom Arbeitgeber vertragsmäßig zu erwartenden Mitwirkungshandlung angesehen werden könne und es mit einem gesunden Rechtsempfinden unvereinbar sei, aus der dem Arbeitgeber aufgezwungenen Einstellung des Betriebes einen Annahmeverzug hinsichtlich der ihm von seinem Personal noch weiterhin zur Verfügung gestellten Dienste abzuleiten. Hier liege keine Abwälzung des Betriebsrisikos vor, auch dann nicht, wenn der Arbeitnehmer am Betriebsrisiko partizipiere [1]).

Für den Fall, daß eine Betriebsstockung durch Kampfmaßnahmen von Arbeitern hervorgerufen wird, also vor allem bei einem Teilstreik, müssen Oertmann und Titze aus allgemein rechtspolitischen Gedankengängen zu einer Verneinung des Lohnanspruchs der Arbeitswilligen gelangen. Es verneinen beide das Vorliegen eines Annahmeverzugs. Nach Titze läßt sich nicht sagen, daß der Arbeitgeber den Arbeitswilligen gegenüber eine nach dem Arbeitsvertrag ihm obliegende Mitwirkung bei der Beschaffung des Arbeitssubstrates verabsäumt habe [2]). Oertmann verweist auf das Bestehen der Gefahr, daß der Arbeitgeber die auf einem gemeinsamen Plane beruhenden, aber in ihrem Zusammenhang meist nicht nachweisbaren aufeinanderfolgenden Teilstreiks aus seiner Tasche finanzieren müsse [3]). Beide Autoren versagen den Arbeitswilligen einen Lohnanspruch aus dem Gedanken der unter den Arbeitern bestehenden Solidarität, wobei Oertmann noch besonders darauf hinweist, daß der Teilstreik aus der Sphäre der Arbeiter, freilich nicht der Arbeitswilligen persönlich, aber doch aus der gleichen sozialen Gruppe, der auch sie angehören, stamme. Beide heben hervor, daß die Arbeiter den Gedanken der Solidarität, dem sie so viel zu verdanken haben, nicht verwerfen dürfen, wenn er sich einmal gegen sie kehrt. Über die Tragweite der Solidarität sind sich Oertmann und Titze uneins. Oertmann will nur dann den Lohnanspruch verneinen, wenn die Streikenden und Arbeitswilligen demselben Betriebe angehören [4]), Titze hingegen will nicht nur dann, wenn die Streikenden und Arbeitswilligen verschiedenen Betrieben angehören, einen Lohnanspruch versagen, sondern selbst dann, wenn sie in verschiedenen Verbänden zusammengeschlossen sind, da

[1]) Titze JW 1922 S. 551.
[2]) Titze a. a. O. S. 550, Oertmann Arbeitsvertrag S. 170 und NZfAR 1922 Sp. 465 im Gegensatz zu GKG Bd. 25 S. 5 ff., wo er einen Lohnanspruch der Arbeitswilligen bejahte.
[3]) Arbeitsvertrag S. 171.
[4]) NZfAR 1922 Sp. 465.

immer noch die Möglichkeit der Beeinflussung durch Spitzenorganisationen bestehe. Oertmann und Titze gelangen so zu dem Ergebnis, daß bei einem Teilstreik unter Beachtung gewisser Grenzen, da man den Gedanken der Solidarität nicht überspannen dürfe, ein Lohnanspruch der Arbeitswilligen nicht besteht.

Am deutlichsten kommt der Gesichtspunkt der Billigkeit zum Ausdruck in den Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts. Es hebt wiederholt hervor, daß sich eine einheitliche Lösung für die Fälle der Betriebsstockungen nicht gewinnen lasse, sondern daß von Fall zu Fall mit Rücksicht auf Treu und Glauben die Entscheidung zu treffen sei. Die Unsicherheit, welche eine Entscheidung von Fall zu Fall in sich birgt, hat das Reichsarbeitsgericht wohl selbst erkannt und so eine systematische Gliederung der Fälle vorgenommen, wenn es auch wiederholt ausdrücklich erklärt, daß letzten Endes die spezielle Lage des Einzelfalles den Ausschlag zu geben habe. Nach dem Reichsarbeitsgericht sollen in erster Linie die vertraglichen Abmachungen der Parteien maßgebend sein, ein Gesichtspunkt, der sich aus dem das Recht der Schuldverhältnisse beherrschenden Gedanken der Vertragsfreiheit von selbst versteht und darum keiner besonderen Erwähnung bedurft hätte. Liegt keine vertragliche Vereinbarung vor, so ist nach dem Reichsarbeitsgericht zu fragen, ob den Arbeitgeber oder den Arbeitnehmer ein Verschulden treffe. Diesem Gedanken ist ohne weiteres zuzustimmen. Für die vorliegende Arbeit ist er jedoch ohne Belang, da sich diese auf die Fälle beschränkt, in denen das Arbeitssubstrat nicht gestellt werden kann, ohne daß eine der Parteien ein Verschulden trifft. Ist nun kein Verschulden einer der Parteien festzustellen, so treffen nach dem Reichsarbeitsgericht die Folgen der Betriebsstockung den, der sie zu vertreten hat. Das Reichsarbeitsgericht hat dafür folgende Richtlinien aufgestellt:

a) Von den Arbeitnehmern seien zu vertreten solche Ereignisse, die auf dem Verhalten der Arbeitnehmerschaft beruhen, auch wenn einzelne Arbeitnehmer nicht beteiligt seien. Hier denkt das Reichsarbeitsgericht an die Fälle, die wir unter dem Namen: Betriebsstockungen, die auf wirtschaftliche Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmer zurückzuführen sind, zusammengefaßt haben.

b) Von den Arbeitnehmern mitzuvertreten seien Ereignisse, welche den Bestand des Betriebes treffen. Hier ist vor allem an die Fälle gedacht, bei denen der Betrieb durch Naturereignisse stillgelegt ist.

c) Der Arbeitgeber habe zu vertreten Ereignisse, welche die Führung des Betriebes betreffen. Damit sind Fälle wie Inventur, Kesselreinigung u. a. ins Auge gefaßt.

d) Eine Ausnahme von c) gilt dann, wenn die Betriebsstörung sich so stark auswirkt, daß sie den Bestand des Betriebes selbst gefährdet.

Das Reichsgericht betont aber auch bei Aufstellung des Schemas ausdrücklich, daß allgemeine, auf jeden Fall passende Grundsätze sich bei den zahlreichen und immer wieder verschiedenen Möglichkeiten der Einzeltatbestände nicht aufstellen ließen [1]).

Sämtliche aufgeführten Autoren, Koffka, Oertmann und Titze, gelangen zu dem Ergebnis, daß rein formal Annahmeverzug bei Betriebsstockungen gegeben sei. Koffka beruft sich auf den arbeitnehmerfreundlichen Standpunkt des BGB. Dieser Gesichtspunkt hat eine gewisse Berechtigung, wenn man allein auf die §§ 615 und 616 BGB sieht, er bedürfte aber noch einer näheren Begründung. Stellt man nämlich die §§ 615 und 616 einander gegenüber und behält ihre geschichtliche Entwicklung im Auge, so gelangt man über den rein gefühlsmäßigen Gesichtspunkt der von Koffka behaupteten arbeitnehmerfreundlichen Gesinnung des BGB, eine Behauptung, die nicht unwidersprochen geblieben ist [2]), zu dem bei Oertmann richtig angedeuteten Gesichtspunkt der Gefahrenverteilung, welcher sich öfter im BGB findet [3]). Oertmann und Titze gehen beide von einer Abgrenzung der Begriffe Unmöglichkeit und Annahmeverzug aus und gelangen so zu dem Ergebnis, daß bei Betriebsstockungen der Lohn an sich zu zahlen ist. Aus Billigkeitsgründen jedoch nehmen sie eine Scheidung in individuelles und generelles Betriebsrisiko vor und gelangen so im Gegensatz zu Koffka, obwohl sie ebenfalls von dem Gesichtspunkt der Billigkeit ausgehen, in einem Teil der Fälle der Betriebsstockungen zu einer Verneinung des Lohnanspruchs. Die Scheidung in individuelles und generelles Betriebsrisiko ist, wie Titze selbst richtig bemerkt [4]), bei der Betrachtungsweise der beiden Autoren nicht gerechtfertigt, da auch im Falle eines generellen Betriebsrisikos die Sachlage unter Umständen keine andere als im Falle des individuellen Betriebsrisikos ist, wenn man allein auf das Vorhanden- oder Nichtvorhandensein des Arbeitssubstrates die Entscheidung abstellt. Beim Teilstreik gehen Oertmann und Titze von dem m. E. richtigen Gedanken der Solidarität der Arbeitnehmerschaft aus, es ist jedoch zu beachten, daß dieser Gedanke nicht in erster Linie im Betrieb seine Verwirklichung findet,

[1]) S. u. a. Urteil des RAG vom 20. 6. 1928 JW 1929 S. 453—455, Urteil des RAG vom 1. 2. 28 JW 1928 S. 1672—1673, Urteil des RAG vom 7. 3. 1928 Bensh. Samml. Bd. 2 S. 135, Urteil des RAG vom 30. 4. 28 RAGE Bd. 1 S. 399 ff.
[2]) So Karger DJZ 1920 Sp. 710—712.
[3]) NZfAR 1922 Sp. 466 und das Recht 1922 Sp. 5—9.
[4]) J. W. 1922 S. 550.

sondern in den Zusammenschlüssen der Arbeitnehmer zu Verbänden außerhalb des Betriebes. Unrichtig ist, daß Titze und Oertmann zu einer Verwertung des Gedankens der Solidarität lediglich aus Billigkeitsgründen auf dem Wege über die §§ 157 und 242 BGB gelangen und einen Lohnanspruch im Falle von Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmer verneinen.

Abzulehnen ist auch die Ansicht des Reichsarbeitsgerichts. Es verwertet zur Lösung des vorliegenden Problems, von dem oben angeführten Schema abgesehen, die völlig unjuristischen Gesichtspunkte der Voraussehbarkeit, der Zumutbarkeit und der Geringfügigkeit der Lohnforderungen. Zu diesen Gedankengängen ist zu sagen: Eine Entscheidung von Fall zu Fall erhöht die bereits bestehende Rechtsunsicherheit bedeutend, worauf besonders Neumann mit Recht hinweist [1]). Aber auch die vom Reichsgericht aufgestellten allgemeinen Richtlinien sind als solche nicht geeignet, Klarheit zu schaffen. Eine Scheidung in Ereignisse, welche die Führung des Betriebes treffen, und in solche, welche den Bestand des Betriebes beeinflussen, wird sich im Einzelfall nur schwer vornehmen lassen. Sie entbehrt auch insoweit der Berechtigung, als für den Betrieb, sowohl was seine Führung als auch was seinen Bestand anbelangt, immer den Arbeitgeber als den Inhaber der Direktionsgewalt und Eigentümer des Betriebes das Risiko zu treffen hat. Für Ereignisse, welche den Betrieb treffen, hat grundsätzlich der Arbeitgeber einzustehen. Unberechtigt ist weiterhin, daß das Reichsarbeitsgericht die Frage der Lohnzahlung von der Höhe der geltend gemachten Ansprüche abhängig macht [2]). In der Praxis würde dieser Gesichtspunkt darauf hinauslaufen, daß der Inhaber eines kleinen Betriebes wegen der objektiven Geringfügigkeit der von den Arbeitnehmern geltend gemachten Lohnforderungen diese zu befriedigen hätte, während der Eigentümer eines großen Unternehmens wegen der größeren Anzahl von Arbeitnehmern, die Lohnansprüche geltend machen, trotz seiner größeren Leistungsfähigkeit von der Lohnzahlungspflicht entbunden würde.

Aus all diesen Gründen ist eine Entscheidung von Fall zu Fall mit Rücksicht auf Treu und Glauben wegen der in diesem Gesichtspunkt enthaltenen, für die Praxis unerträglichen Unsicherheit als zur Lösung des Problems ungeeignet abzulehnen.

---

[1]) JW 1928 S. 2891.
[2]) u. a. Urteil vom 6. 2. 1923 RGZ Bd. 106 S. 274.

§ 5.

Die Arbeits- und Betriebsgemeinschaft.

Schon aus reinen Billigkeitsgründen, die als ungeeignet zur Lösung des Problems bezeichnet werden mußten, gelangte eine Reihe von Schriftstellern zu dem Gedanken der Gemeinschaft, welche als unter den Arbeitnehmern bestehend angenommen wird. Man hat somit in das reine Zivilrecht einen modernen arbeitsrechtlichen Gedanken übertragen, um zu einer befriedigenden Lösung zu gelangen. Man bemerkte, daß im Arbeitsverhältnis dem Arbeitgeber als Einzelperson eine Vielheit von Arbeitnehmern, die Arbeiterschaft, gegenüber steht. Bereits Simson (S. 35 ff.) betont, daß um die Arbeiterschaft ein Band vielfacher Art geschlungen sei. Zur Herstellung der dem einzelnen Arbeiter obliegenden Arbeitsleistung sei ein Zusammenwirken sämtlicher im Betriebe vereinigten Arbeiter erforderlich. Diese Notwendigkeit sei eine Auswirkunng der Zerlegung des Herstellungsprozesses in eine Reihe einzelner Arbeitsvorgänge. Damit der Arbeitgeber ein Fertigfabrikat erzielt, das er auf den Markt bringen kann, sei ein Zusammenarbeiten einer Mehrheit von Personen nötig, deren jede einzelne mit dem Arbeitgeber in einem Arbeitsvertragsverhältnis steht. Nur das Zusammenwirken aller Arbeiter, das ein integrierender Bestandteil des Arbeitsvertrages sei, vermag der Arbeit überhaupt erst einen Sinn zu geben. Der einzelne Arbeiter stehe dem Arbeitgeber nur als das Glied eines Organismus gegenüber, das beide umschlingende Band könne man als Betriebsgemeinschaft und Arbeitsgemeinschaft bezeichnen [1]). Aus

[1]) Simson (S. 1—2) geht von der Interpretation des § 615 BGB aus, die eine extensive sein müsse. Da das moderne Arbeitsrecht den Kollektivismus geschaffen habe, der sich in den Gemeinschaften zeige, welche sich seit dem Inkrafttreten des BGB entwickelt und ihren gesetzlichen Niederschlag im Betriebsrätegesetz gefunden haben. Der einzelne Arbeitnehmer sei überhaupt nicht in der Lage, die vereinbarte Leistung anzubieten und so den Annahmeverzug des Arbeitgebers herbeizuführen. Nicht die mit dem Arbeitnehmer isoliert vereinbarte Arbeitsleistung, die überhaupt keinen Sinn habe, sondern alle Arbeitsleistungen zusammen stellten das Vereinbarte dar. Mit dem Angebot der ihm obliegenden Arbeitsleistung habe zwar der Arbeitnehmer das für ihn Mögliche getan, aber nur das Zusammenwirken aller Arbeitnehmer vermöge ein objektiv vollständiges Angebot der vereinbarten Tätigkeit zu bewirken (ähnlich schon Adler AR 1922 Sp. 358 ff.). Diese Verbundenheit aller Arbeitnehmer sei ein integrierender Bestandteil des Arbeitsvertrages (S. 35—37). Unter dem Gesichtspunkt des Betriebsganzen könne das Angebot des einzelnen Arbeiters gar nicht geeignet sein, den Annahmeverzug des § 615 BGB zu begründen. Gewisse Ansprüche des Unternehmers richteten sich gegen die Arbeitnehmer als Kollektivum. Wollte man den einzelnen Arbeitnehmer isoliert betrachten, so hiese das „konkrete Daseinserscheinungen um abstrakter Dogmen willen leugnen."

dieser Verbundenheit hat man die Folgerung gezogen, daß der einzelne Arbeitnehmer für das Versagen der Gesamtheit, deren Glied er ist, mit verantwortlich sei. Der Streik eines Teils der Belegschaft eines Betriebes soll zur Folge haben, daß es dem Arbeitgeber unmöglich ist, die Tätigkeitssubstrate zu stellen und die ihm im Produktionsprozesse zufallende Rolle zu erfüllen.

Den Gedanken der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft wendet auch das Reichsgericht (jetzt auch das Reichsarbeitsgericht) zur Lösung des vorliegenden Problems, wenn auch nicht einheitlich für alle Fälle, an. Zum ersten Male hat das Reichsgericht den Gedanken der Betriebsgemeinschaft in dem viel umstrittenen Urteil vom 6. Februar 1923 angewendet [1]) und zwar für den Fall des Teilstreiks, also einer Betriebsstockung, die auf einer Kampfmaßnahme der Arbeiter beruht. Das Reichsgericht geht davon aus, daß man, um zu einer befriedigenden Lösung des Streites zu gelangen, überhaupt nicht die Vorschriften des BGB heranziehen dürfe, sondern lediglich die sozialen Verhältnisse ins Auge fassen müsse, die sich seitdem entwickelt und in der Gesetzgebung der neuesten Zeit ausdrücklich Anerkennung gefunden haben. Seit dem Inkrafttreten des BGB habe der Gedanke der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft Ausbreitung und Anerkennung gefunden. Mit diesem Gedankengang verbindet jedoch das Reichsgericht den der Abgrenzung zwischen § 323 und 615 BGB, wenn

Simson lehrt also, daß bei einer Betriebsstockung, die auf wirtschaftliche Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmerschaft zurückzuführen ist, nicht die Gesamtsumme der geschuldeten Arbeitsleistung angeboten werde, daß an ihr etwas fehle, und daß der Rest nicht verwertbar sei, infolge dessen bestehe für den Arbeitgeber auch keine Lohnzahlungspflicht. Selbst wenn man einer derartigen extensiven Auslegung des § 615 BGB aus dem Gedanken des Kollektivcharakters der Arbeit zustimmt, so stünden dem doch rein praktische Bedenken entgegen. Man müßte dann auch bei Erkrankung eines Teiles der Belegschaft, ein Vorfall, der unter Umständen zur Folge hat, daß der Rest der Betriebsangehörigen nicht ordnungsgemäß arbeiten kann, den verbleibenden Arbeitnehmern einen Lohnanspruch verweigern, da sie ja nicht imstande wären, ordnungsgemäß zusammenzuwirken, ein Ergebnis, das nicht gewollt sein kann, zumal ihm § 616 BGB ausdrücklich widerspricht. Ebenso Nörpel AR 1925 Sp. 100.

[1]) RGZ Bd. 106 S. 272—277, JW 1923 S. 831—833. Später hat das RG den Gedanken der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft wiederholt zur Lösung des Teilstreikproblems angewandt bezw. auf ihn Bezug genommen. S. Urteile vom 20. Juni 1928 JW 1929 S. 453 und vom 4. 7. 28 Bensh. Samml. Bd. 3 S. 178, Urteil des Landgerichts Dresden vom 24. 4. 26 JW 1927 S. 294, in dem das Gericht seinen ablehnenden Standpunkt, den es im Urteil vom 22. 4. 25 NZfAR 1926 Sp. 43 ff. eingenommen hat, aufgibt und dem Reichsgerichtsurteil vom 6. 2. 23 beitritt, allerdings mit der Einschränkung, daß arbeitswillige Arbeitnehmer einer Betriebsabteilung, die durch den Teilstreik zunächst nicht berührt wird, einen Lohnanspruch haben.

es ausführt, daß von einem Annahmeverzug nach § 615 BGB nicht die Rede sein könne, wenn die angebotene Leistung nach § 323 BGB unmöglich sei. Betrachtet man aber die Entscheidung als Ganzes, so kann kein Zweifel sein, daß nicht in der Berufung auf § 323 BGB das Schwergewicht der Begründung liegt, sondern in der Bezugnahme auf die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern als bestehend angenommene Arbeits- und Betriebsgemeinschaft, und daß die Bezugnahme auf § 323 BGB nur erfolgt, um das aus dem Gedanken der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft gewonnene Ergebnis den Vorschriften des BGB einzufügen [1]). Es besteht aber dann ein Widerspruch zu den Einleitungsworten, die ausführen, daß man von den Vorschriften des BGB überhaupt nicht ausgehen dürfe. Ein Ergebnis in das System des BGB einzufügen, hat doch nur dann einen Sinn, wenn man auch von dessen Bestimmungen ausgegangen ist [2]). Schließlich stützt sich das Reichsgericht auf die §§ 617, 618, 619 BGB, in denen sozialen Bedürfnissen Rechnung getragen sei. Es ist m. E. vollkommen unverständlich, wie man sich zur Verneinung einer dem Arbeitgeber obliegenden Pflicht auf soziale Bestimmungen berufen kann, die bestimmte Pflichten des Arbeitgebers im Gegenteil bejahen. Oder soll die Berufung auf die §§ 617—619 BGB nur darum erfolgen, um aus dem dauernden Dienstverhältnis, das die Aufnahme des Dienstverpflichteten in die häusliche Gemeinschaft des Dienstherren zur Folge hat, auf eine Betriebs- und Arbeitsgemeinschaft zu folgern? Trotz der verschiedenen Mängel ist dem Urteil des Reichsgerichtes insoweit zuzustimmen, als es zur Lösung des Problems, über die rein individualistisch gehaltenen Bestimmungen des BGB hinausgehend, den Gedanken der Gemeinschaft, die unter den Arbeitern besteht, betont und für die Entscheidung verwertet. Der Arbeitnehmer handelt im Falle des Teilstreiks nicht als Einzelperson sondern als Glied eines Organismus, sei es des Betriebes, sei es eines außerhalb des Betriebes bestehenden Verbandes. Insoweit steht er nicht mehr als

[1]) Vgl. auch Hueck Bensh. Samml. Bd. 1 S. 341.

[2]) Ebenso Potthoff AR 1923 Sp. 679. RGRK § 615 Anm. 2. Nach diesem liegt Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vor, welches Ergebnis aus dem Gedanken der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft gewonnen sein soll. Nach ihm dient der Gedanke der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft nur zur Stützung des bereits gewonnenen Ergebnisses. Das RG erklärt aber ausdrücklich, daß dem Arbeitgeber die Lohnzahlung nicht zugemutet werden kann, da mit der durch einen Teil der Arbeiterschaft verursachten Stillegung des Betriebes die Grundlage für die Lohnzahlung im Betrieb ganz allgemein weggefallen ist. Damit bringt es doch im Zusammenhang mit den Einleitungsworten deutlich zum Ausdruck, daß es die Betriebsgemeinschaft nicht bloß zur Stützung eines bereits gewonnenen Ergebnisses verwenden, sondern aus ihr das Ergebnis erst finden will und gefunden zu haben glaubt.

Einzel- sondern als Kollektivwesen dem Arbeitgeber gegenüber. Die unter den Arbeitern bestehenden Organisationen haben auch tatsächlich auf die moderne Gesetzgebung Einfluß gewonnen. So hat die Reichsverfassung in Art. 165 der Entwicklung zu einer Gemeinschaft zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern Rechnung getragen, wenn sie in Abs. 1 verkündet, die Arbeiter und Angestellten seien dazu berufen, gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen, sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken. Art. 165 der Reichsverfassung ist zwar durchgängig nur Gesetzgebungsprogramm, also Zukunftsrecht, zeigt aber immerhin den Zug der Zeit, der Arbeiterschaft ein gewisses Mitbestimmungsrecht im Wirtschaftsprozeß einzuräumen [1]). So ist denn auch tatsächlich aus dem Gedanken des Art. 165 der Reichsverfassung das Betriebsrätegesetz geboren, das den in ihm enthaltenen Gemeinschaftsgedanken in die Tat umgesetzt hat [2]). Der Arbeiter tritt mit dem Abschluß des Arbeitsvertrages automatisch in die Arbeiterschaft und damit auch in die Gesamtorganisation des Betriebes ein. Es ist darum dem Reichsgericht zuzustimmen, wenn es von diesem Gesichtspunkt ausgehend sagt: Der Arbeitnehmer ist nicht mehr ein bloßes Werkzeug des Unternehmers, sondern ein lebendiges Glied der Arbeitsgemeinschaft [3]). Ferner stellt die Tarifvertragsordnung (letzte Fassung vom 1. 3. 28) und die Schlichtungsverordnung vom 30. 10. 23 eine rechtliche Anerkennung der unter den Arbeitnehmern bestehenden Gemeinschaft dar. Die von den Gemeinschaften der Arbeitnehmer benützten Kampfmittel spielen in ihrem Verhältnisse zu dem Arbeitgeber keine geringe Rolle. Die Arbeitnehmer dürfen sich daher nicht beklagen, wenn das kollektive Moment, das ihnen im Wirtschaftskampf eine große Macht verleiht, beim Zeigen von schädlichen Folgen auch gegen sie zur Anwendung gelangt. Es kommt jedoch letzten Endes nicht auf die zwischen den Arbeitern und dem Arbeitgeber bestehende Arbeits- und Betriebsgemeinschaft an sondern auf die durch das gemeinschaftliche Handeln zum Ausdruck gebrachte und tatsächlich bestehende Solidarität der Arbeit-

---

[1]) Anschütz Art. 165 Anm. 1.

[2]) Nach Krückmann LZ 1926 Sp. 12 soll allerdings das Betriebsrätegesetz nicht dem Gemeinschaftsgedanken sondern dem Klassenkampf dienen, was ohne Zweifel eine Übertreibung ist; denn die Betriebsvertretungen haben nicht nur die Interessen der Arbeitnehmer sondern auch des Betriebes als solchen wahrzunehmen. Außerdem ist ihnen eine Friedenspflicht auferlegt. Vgl. § 1 des Betriebsrätegesetzes, wo es ausdrücklich heißt: „Und zur Unterstützung des Arbeitgebers in der Erfüllung der Betriebszwecke“ sind Betriebsräte zu errichten.

[3]) Zustimmend Hueck JW 1923 S. 831 Ziff. 8; Adler AR 1922 Sp. 358 ff.

nehmer. Zuzustimmen ist ferner dem Reichsgericht, wenn es erklärt, daß es völlig gleichgültig sei, ob die Forderungen der streikenden Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen, sozialen oder anderen Gründen berechtigt oder nichtberechtigt seien. Es ist das gute Recht des Arbeitgebers, neue Lohnforderungen abzulehnen, genau so wie es das Recht der Arbeitnehmer ist, Lohnforderungen zu stellen. Es ist ausschließlich Sache der Beteiligten, darüber zu entscheiden, was sie zur Wahrung ihrer Interessen in derartigen Fällen zu tun haben. Es ist eine rein wirtschaftliche Frage, ob der Arbeitgeber in der Lage ist, eine Lohnforderung zu bewilligen. Eine solche Untersuchung liegt völlig außerhalb der Aufgabe der Gerichte. Davon abgesehen, daß eine solche Untersuchung sich wohl kaum durchführen ließe, müßte sie zu völlig unhaltbaren Ergebnissen führen[1]). Für das Gericht sind in erster Linie die zwischen den Parteien bestehenden Vereinbarungen maßgebend und erst in zweiter Linie das Gesetz, sei es unmittelbar, sei es, wie hier, in einer erweiterten Auslegung aus dem Gesichtspunkt der Gefahrenverteilung gemäß den §§ 615, 616 und 323 BGB. Nach diesem Gesichtspunkt fällt ein Teilstreik in die Sphäre der Arbeitnehmer. Besteht aber unter den Streikenden und den Arbeitswilligen eine Gemeinschaft, die für das Verhalten der ersteren von Bedeutung ist, so ist ein abweichender Wille der Arrbeitswilligen wegen der mit den Streikenden bestehenden Verbundenheit unbeachtlich. Die Arbeitswilligen haften auf Grund der zwischen ihnen und den Streikenden bestehenden Solidarität. Den Gedanken der Solidarität lehnt aber das Reichsgericht mit den Worten ab, es handle sich nicht um eine Haftung der Arbeitswilligen für die Streikenden, sondern darum, daß mit der durch einen Teil der Arbeiterschaft verursachten Stillegung des Betriebes die Grundlage für die Lohnzählungen ganz allgemein weggefallen sei. Die Folgen dieses Lohnausfalles müßten sich deshalb auch diejenigen der Arbeitnehmer gefallen lassen, die sich dem Streik der anderen nicht angeschlossen haben. Würde man anders entscheiden, so ergäben sich unmögliche Zustände. Es könnte sein, daß nur ein kleiner Teil der Arbeiterschaft mit einer für die Fortführung des Betriebes unentbehrlichen Tätigkeit durch Streik den gesamten Betrieb stillegte und der Unternehmer allen anderen Arbeitern den Lohn zahlen müßte, obwohl diese nur deshalb nicht arbeiten können, weil ihre Genossen nicht arbeiten. Dieses sei mit dem Gedanken der Arbeitsgemeinschaft als Grundlage des Betriebes nicht vereinbar. Das Reichsgericht wendet sich somit ausdrücklich gegen die Anwendung des Solidaritätsgedankens und betont demgegenüber die Arbeitsgemeinschaft. Diese Aus-

[1]) Ebenso Hueck a. a. O. S. 346.

führungen erwecken den Anschein, als wollte das Reichsgericht mit diesen Erörterungen allgemeine Grundsätze aufstellen, mit anderen Worten: Man könnte glauben, das Reichsgericht habe mit dem Hervorheben der Betriebsgemeinschaft zwischen Arbeitern und Arbeitgeber einen für alle Betriebsstockungen allgemein gültigen Grundsatz aufstellen wollen, als sollten die entwickelten Richtlinien auch für solche Fälle gelten, in denen die Betriebsstockung nicht auf einer Kampfhandlung der Arbeitnehmer, sondern etwa auf einem technischen Versagen der vom Arbeitgeber zu stellenden Maschinen und Werkzeuge beruht. Auch hier versagt ja der Betrieb, welcher die Grundlage für die Lohnzahlung darstellt. Eine Reihe von Entscheidungen zeigt aber deutlich, daß hier das Reichsgericht mit anderen Grundsätzen als mit dem Gedanken der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft das Problem zu lösen sucht [1]).

Abzulehnen ist die ausdrückliche Schlußbemerkung des Reichsgerichts, nach welcher es seine Ausführungen über die Arbeits- und Betriebsgemeinschaft auf große Betriebe beschränkt, ohne hiefür einen Grund anzugeben. Ein solcher ist wohl nicht auffindbar. Die Entscheidung könnte ebensogut für Kleinunternehmungen gelten [2]).

Es besteht kein Zweifel, daß der Betrieb, wie schon ausgeführt, eine organisatorische Einheit darstellt, daß ein regelmäßiges Funktionieren des Betriebes nur durch das Zusammenwirken aller am Produktionsprozeß beteiligten Faktoren ermöglicht wird, und daß jeder Beteiligte ein Glied dieses Organismus ist. Trotzdem ist die Arbeits- und Betriebsgemeinschaft des Reichsgerichts abzulehnen. Der rechtliche Träger dieser Arbeitsgemeinschaft ist doch auch in der Zeit nach dem Inkrafttreten der Reichsverfassung vom 11. August 1919 und des Betriebsrätegesetzes vom 4. 2. 1920 einzig und allein der Arbeitgeber geblieben. Er allein bestimmt den Produktionsprozeß und verwaltet den Betrieb. Ihm allein fallen die Erträgnisse und Lasten aus dem Betriebe zu. Diese Rechtsstellung ist in seinem Eigentum begründet.

Die Arbeits- und Betriebsgemeinschaft läßt sich auch nicht aus dem Wesen des Arbeitsvertrages als eines sozialen Personenverhältnisses begründen [3]). Die Organisation

---

[1]) S. die Entscheidungen des RAG vom 1. 2. 28, wo infolge Ausbleibens des elektrischen Stromes die Arbeiter eine Stunde lang feiern mußten, und vom 30. 4. 28, in welchem Fall infolge Defekts der Dreschmaschine die beiden Taglöhner, welche zu ihrer Bedienung gedungen worden waren, statt um 7 erst um 10¾ Uhr mit der Arbeit beginnen konnten. In beiden Fällen liegt doch ebenfalls eine Arbeitsgemeinschaft vor und dennoch wurde der Lohnanspruch der Arbeiter bejaht.

[2]) Ebenso Simson S. 25 Anm. 2.

[3]) Potthoff AR 1922 Sp. 280, der dem vom RG entwickelten Gedanken der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft zustimmt. Gegen diese Gemeinschaftstheorie Herschel AR 1923 Sp. 688 ff.

der Arbeit, die Arbeitsteilung und die Schematisierung der Arbeitsbedingungen im großen Betrieb berühren den Gedanken, daß das Arbeitsverhältnis ein schuldrechtlicher Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist, nicht [1]).

Obwohl im Art. 165 Abs. 1 der Reichsverfassung und im Betriebsrätegesetz der Gemeinschaftsgedanke eine gesetzliche Anerkennung gefunden hat, so ist er dennoch nicht auf eine Gemeinschaft an den Erträgnissen des Betriebes ausgedehnt. Das Betriebsrätegesetz räumt der Vertretung der Arbeiterschaft ein Mitbestimmungsrecht lediglich für gewisse Fragen der „Betriebsverfassung" ein. Die Risikofrage, um die es sich hier handelt, liegt allein im Gebiete des Schuldrechts. Sie ist keine Frage der Betriebsverfassung. Die durch das Betriebsrätegesetz geschaffene Gemeinschaft erstreckt sich in keiner Weise auf das Vermögen und die Erträgnisse aus dem Betrieb. Die Lohnansprüche der Arbeitnehmer richten sich nicht gegen einen von der Person des Arbeitgebers verschiedenen Betriebsverband sondern allein gegen den Arbeitgeber als den Vertrags- und Anspruchsgegner. Der Arbeitgeber haftet für die Lohnforderungen der Arbeitnehmer mit seinem gesamten Vermögen, d. h. nicht nur mit seinem im Betriebe investierten sondern auch mit seinem ganzen übrigen Privatvermögen. Eine vermögensrechtliche Gemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern besteht nicht. Nach dem Reichsgericht muß aber eine solche vorausgesetzt werden, wenn es bei einem Teilstreik von einem Wegfall des Betriebes als der Grundlage der Lohnansprüche spricht. Auch dadurch, daß die Arbeitnehmer in Form von Tantièmen am Gewinn beteiligt werden, entsteht noch keine Vermögensgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern. Der Arbeitnehmer hat nur einen gegen den Arbeitgeber persönlich gerichteten Anspruch auf Auszahlung der Tantièmen. Seine Forderung entspringt nicht aus einer mit dem Arbeitgeber bestehenden vermögensrechtlichen Gemeinschaft, sondern aus dem Arbeitsvertrag, durch den ihm gegen Leistung bestimmter Arbeit ein gewisser Gewinnanteil als Gegenleistung eingeräumt ist. Bestünde aber mit dem Arbeitgeber eine vermögensrechtliche Gemeinschaft, dann läge kein Arbeitsverhältnis zwischen einem Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern ein Gesellschaftsverhältnis vor, welches ja an sich nicht ausschließt, daß ein Gesellschafter sich im Gesellschaftsvertrag zur Leistung von Arbeit verpflichtet. Der Arbeitnehmer ist niemals an den Aktiven eines Unternehmens beteiligt. Eine Vermögensgemeinschaft würde aber notwendig eine solche Beteiligung voraussetzen [2]). Die vom

[1]) Vgl. Melsbach S. 50 Anm. 1.
[2]) So mit Recht Simson S. 27/28.

Reichsgericht vertretene Lehre würde für den Arbeitnehmer lediglich eine Verlustgemeinschaft begründen [1]).

Der vom Reichsgericht verwendete Gedanke der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft ist also abzulehnen [2]). Er widerspricht dem Gesetz und findet auch keine Grundlage in den tatsächlichen Verhältnissen, da er begriffsnotwendig eine Vermögensgemeinschaft zur Voraussetzung hat, welche in Wirklichkeit nicht besteht. Überdies wendet auch das Reichsgericht den Gedanken der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft lediglich zur Lösung der Frage, ob im Falle eines Streiks ein Lohnanspruch der Arbeitswilligen besteht, an, obwohl auch bei den übrigen Tatbeständen der Betrieb als Grundlage der Lohnzahlungen fortfällt [3]). Einen Fortschritt stellt das Urteil des Reichsgerichts nur insoweit dar, als es durch den Gedanken der Betriebs- und Arbeitsgemeinschaft die unter den Arbeitnehmern bestehende tatsächliche Verbundenheit zum Ausdruck bringt. Wie schon ausgeführt, ist die Frage der Risikotragung eine schuldrechtliche. Es ist also von den speziellen schuldrechtlichen Bestimmungen über den Dienstvertrag auszugehen. Der § 615 BGB bürdet, wie weiter unten noch dargelegt werden soll, grundsätzlich das Risiko im Arbeitsvertrag dem Arbeitgeber auf. Im Zusammenhalt mit § 616 BGB kommt man zu einer Gefahrenverteilung. Der Teilstreik, um den es sich hier allein handelt, da ja nur für ihn der Gedanke der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft vom Reichsgericht zur Anwendung gebracht wird, liegt in der Sphäre der Arbeitnehmer. Die Arbeitswilligen sind mit den Streikenden durch den Gedanken der Solidarität verbunden, stehen also mit ihnen in Gemeinschaft, soweit tatsächlich ein auf Solidarität beruhendes Band die Streikenden und Arbeitswilligen umschlingt. Die Arbeitswilligen sind darum für das Tun ihrer Genossen mit verantwortlich zu machen und haben darum trotz Arbeitsbereitschaft keinen Lohnanspruch.

Sinzheimer hat versucht, die Arbeits- und Betriebsgemeinschaft auf historischer Grundlage zu erklären. Nach ihm ist der Betrieb der Herrschaftsbereich einer Person, in dem eine Mehrheit von Arbeitnehmern zu einheitlichem Wirken zusammengefaßt ist [4]). Der Begriff des Herrschaftsverbandes sei geschichtlich aus der Familie und dem Fronhof erwachsen. Er wirke, wenn auch unter anderen Voraussetzungen, im heutigen Betrieb weiter. Es sei ein Verdienst O. v. Gierkes, schon im Jahre 1868 diesen geschichtlichen Zusammenhang erkannt und die juristische Anschauung

[1]) So auch Nörpel AR 1926 Sp. 101; Neumann JW 1928 S. 2892.
[2]) Vgl. Urteil des Landgerichts Leipzig vom 24. 7. 1924 JW 1925 S. 1918 ff, das in sehr ausführlicher Weise die hier hervorgehobenen Schwächen des RG-Urteils darlegt.
[3]) Urteil des RAG vom 1. 2. 1928 (o. S. 35 Anm. 1).
[4]) Grundzüge des AR 1927 S. 214.

von der individualistischen Vorstellung befreit zu haben, nach welcher der Betrieb nur eine Summe von Einzelarbeitsverhältnissen, nicht eine organische Einheit sei. Nach Sinzheimer wirkt im Arbeitsverband das gleiche rechtliche Gestaltungsprinzip, das die alten Herrschaftsverbände des Hof-, Dienst- und Lehnrechts beherrscht habe [1]). In den alten Herrschaftsverbänden des mittelalterlichen Rechtes haben sich die hof-, dienst- und lehnrechtlichen Genossenschaften entwickelt, die zu einer Beschränkung des Individualrechts des Herrn durch Gesamtrecht führten. Die genossenschaftliche Zerlegung des Eigentums habe auch den Arbeitsverband ergriffen. Die Organisation der Arbeitnehmer im Arbeitsverband ist also nach Sinzheimer eine genossenschaftliche deutschrechtlichen Ursprungs. Die Genossenschaft des Mittelalters ist eine Verbindung von Einzelpersonen zu einer Einheit. Sie ist eine reale Gesamtperson, bei welcher der Verband, nicht wie bei der römischen universitas den Gliedern gegenüber als eine dritte künstliche Person erscheint, sondern bei welcher die Genossen Mitträger der Verbandseinheit sind, so daß sich Einheits- und Vielheitsrechte der Mitglieder miteinander verbinden und insbesondere für verfassungsmäßige Sonderrechte der Genossen Raum ist. Bei den Genossenschaften des alten deutschen Rechtes fehlte die begriffliche Scheidung von Einheit und Vielheit. Sie wurde erst im Mittelalter durch die Ausbildung des Körperschaftsrechtes vollzogen, nach welchem nun die Genossenschaften Körperschaften wurden. Kraft des Genossenschaftsprinzips können sich Körperschaften, bei denen die Sonderrechte der Mitglieder sehr stark ausgebildet sind, bloßen Gemeinschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit annähern. Bei diesen kann im Gegensatz zur römischen societas eine mehr oder minder starke einheitliche Verbundenheit bestehen gemäß dem Grundsatz der gesamten Hand. Eine analoge Erscheinung der Gegenwart bildet etwa die offene Handelsgesellschaft [2]).

Die dann zur Körperschaft entwickelte Genossenschaft des Mittelalters hat als solche Rechtsfähigkeit. Der Arbeitsgemeinschaft, welche im Betrieb verkörpert wird, sind zwar Rechte durch das Betriebsrätegesetz verliehen, dieses hat aber dem Betrieb nicht den Charakter einer Rechtsperson gegeben und ihn vor allem auch nicht zum Träger von Vermögensrechten gemacht. Das Betriebsrätegesetz kann demnach ebensowenig zur Stützung der Lehre von einer Arbeitsgenossenschaft wie zu der Konstruktion einer Arbeits- und Betriebsgemeinschaft verwertet werden.

Aber auch die historische Figur der Genossenschaft berechtigt nicht, eine Arbeitsgenossenschaft für die heutigen Verhältnisse anzunehmen. Die Zugehörigkeit zur Arbeitnehmerschaft des Betriebes beruht nicht auf einem

[1]) Grundzüge des AR 1921 S. 32.
[2]) Vgl. den Art. „Genossenschaft" bei Stier—Somlo 2. Bd. S. 706.

freiwilligen Beitritt der einzelnen Arbeitnehmer und auf Aufnahme in den Verband des Betriebes, sondern die einzelnen Arbeitnehmer werden durch den Abschluß eines privaten Einzelarbeitsvertrages mit dem Arbeitgeber ipso iure Mitglied dieser Gemeinschaft. Zum Erwerb der Mitgliedschaft in einer Genossenschaft ist zwar an und für sich eine ausdrückliche Erklärung des Aufzunehmenden nicht notwendig, so wurde man z. B. Mitglied einer Markgenossenschaft eo ipso durch den Erwerb von Grund und Boden, bei Personengemeinden und Zünften Mitglied durch Geburt, in der Neuzeit jedoch wird man Mitglied einer Genossenschaft nur durch ausdrückliche Aufnahme in dieselbe. Hiezu ist ein Willensakt auf Seiten des Neueintretenden und auf Seiten der Körperschaft notwendig [1]). In dem Abschluß eines Arbeitsvertrages zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber kann ein ausdrücklicher auf Aufnahme in die Gemeinschaft abzielender Wille nicht ohne weiteres erblickt werden, auch ist es in den übrigen in den Betrieb bereits aufgenommenen Arbeitnehmern nicht möglich, sich für die Aufnahme oder Nichtaufnahme des einzelnen in ihre Gemeinschaft zu erklären. Alle diejenigen, welche gleichartige Verträge mit dem Arbeitgeber geschlossen haben, bilden auf Grund der dadurch zwischen ihnen entstandenen Zusammengehörigkeit eine Einheit, die lediglich durch die Gemeinsamkeit des allen Arbeitnehmern gesetzten Zweckes, nämlich der Herstellung eines bestimmten Arbeitsproduktes, begründet wird [2]).

Aus dem Gesagten ist zu folgern, daß die tatsächliche Zweckeinheit des Betriebes weder dem historischen Gebilde der Arbeitsgenossenschaft entspricht, noch etwa ein ihr analoges Gebilde durch das Betriebsrätegesetz geschaffen worden ist, wenn auch dieses in seinem Endziel dem Gemeinschaftsgedanken dienen will und sein Entstehen auf die Vorschrift des Art. 165 der Reichsverfassung zurückgeht, welcher als erstes Gesetz den Gedanken der Gemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern anerkennt, aber, wie bereits ausgeführt, lediglich einen Programmpunkt aufstellt. Auch für Sinzheimer scheint letzten Endes die Arbeitsgenossenschaft mehr ein ideales Gebilde der Zukunft als eine reale Erscheinung der Gegenwart zu sein, lehnt er doch zur Lösung des Problems der Lohnzahlungen bei Betriebsstockungen eine Gemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern im Widerspruch mit den obigen Ausführungen ab unter scharfer Betonung des individualistischen Standpunkts des BGB [3]).

[1]) Vgl. Hübner S. 156—159 und 116—125.
[2]) Ebenso Simson S. 34/35.
[3]) In JW 1923 S. 831 Ziff. 8B, wo er ausdrücklich darauf hinweist, daß vermögensrechtlich berechtigt und verpflichtet ausschließlich der Inhaber des Betriebes, der Arbeitgeber, sei.

Weder die vom Reichsgericht konstruierte Arbeits- und Betriebsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern noch die von Sinzheimer vertretene Arbeitsgenossenschaft sind, da mit den Tatsachen nicht vereinbar, tauglich, das Problem des Lohnanspruchs des Arbeitnehmers bei Betriebsstockungen zu lösen. [1].)

[1]) Das Landgericht Elberfeld geht in einem Urteil vom 4. 4. 28 über die vom RG vertretene Arbeits- und Betriebsgemeinschaft noch hinaus, indem es von einer wirtschaftlichen Verbundenheit zwischen den Streikenden und den Arbeitswilligen spricht. Die wirtschaftliche Verbundenheit begründet das LAG mit Folgendem: Die Erhöhung der Löhne einer Gruppe, nämlich der in Streik befindlichen, ziehe mittelbar oder unmittelbar eine solche der nicht im Streik befindlichen Arbeitnehmer nach sich, was taktisch von den Führern dazu benutzt werde, den Lohnkampf bei solchen Gruppen durchzuführen, bei denen er sich am billigsten und aussichtsreichsten gestalte, wodurch er dann für die anderen Gruppen erspart oder zumindest erleichtert werde. Eine von den Streikenden erzielte Lohnerhöhung werde sich beim Ablaufen eines etwaigen Lohnabkommens mit den Arbeitswilligen auch zu deren Gunsten auswirken. Auch wenn die Wege der Organisationen, nämlich der Streikenden und der Arbeitswilligen, auseinander gingen, letztes Ziel sei doch immer das gleiche Bestreben, bessere Lebensbedingungen für die Arbeitnehmerschaft zu erreichen. Es bestehe also eine wirtschaftliche Verbundenheit zwischen den Streikenden und den Arbeitswilligen, welche es rechtfertige, den Arbeitswilligen infolge dieser wirtschaftlichen Verbundenheit einen Lohnanspruch zu versagen. Aus dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Verbundenheit gelangt so das Landesarbeitsgericht zu einer Verneinung des Lohnanspruchs der Arbeitswilligen, da gemäß § 323 BGB die Arbeitsleistung unmöglich sei.
Der Ansicht des LAG ist nicht beizutreten. Daß in den geltenden Gesetzen von einer wirtschaftlichen Verbundenheit der Arbeitnehmer überhaupt keine Rede ist, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung. Eine rechtlich bedeutsame, wenn auch verschieden große Gemeinschaft besteht nur innerhalb der Grenzen, die durch Koalition oder gegebenenfalls durch Betriebsvertretungen gezogen ist. Abzulehnen ist auch die Behauptung, daß die von den streikenden Arbeitnehmern erzielte Lohnerhöhung in Zukunft auch den Arbeitswilligen zugute kommen werde. Damit begibt sich das Gericht auf den Boden der reinen Vermutungen. Es steht durchaus nicht fest, ob tatsächlich der Streik auch für die Arbeitswilligen eine Erhöhung der Löhne zur Folge haben wird. Im vorliegenden Fall gehören die Streikenden (Textilarbeiter) einer anderen Gruppe als die Arbeitswilligen (Meister) an. Man kann im gegebenen Fall nicht von einer auf Solidarität beruhenden Gemeinschaft sprechen. Dem LAG ist demnach nicht beizustimmen. S. auch Sinzheimer AR 1929 Sp. 297 ff.

§ 6.

Personenrechtstheorien.

Der Begründer und Verfechter der Personenrechtstheorie, nach welcher der Arbeitsvertrag nicht schuldrechtlichen Charakters ist, ist Potthoff [1]). Der Arbeitnehmer schuldet nach ihm nur seine Arbeitskraft, welche etwas wesentlich anderes sei, als ein bei Kauf und Miete geschuldetes Vermögensstück. Der Arbeitsvertrag begründet ein überwiegend sozialrechtliches Personenverhältnis, nicht nur schuldnerrechtliche Beziehungen zwischen Einzelpersonen, er habe darum seine Stellung nicht im Schuldrecht, sondern neben dem Familien- und Beamtenrecht im Personenrecht. Die Hingabe eines Menschen in die Herrschaft eines anderen sei das Entscheidende. Daß das Arbeitsverhältnis durch einen Vertrag begründet werde, ändere an seinem personenrechtlichen Charakter nichts, da auch die Ehe durch den Vertrag begründet werde und im Beamtenrecht streite die Vertragstheorie mit anderen Theorien. Ferner sprechen die auf Gesetz oder Vereinbarung beruhenden Beschränkungen des Arbeitgebers eher für als gegen ein personenrechtliches Verhältnis. Es liege kein bloßes Austauschverhältnis, keine reine Obligation [2]), sondern ein Organisationsverhältnis vor. Nicht Vermögenswerte würden getauscht, sondern Menschen zu einem Arbeitsverband geeint. Das Vorliegen eines Organisationsverhältnisses schließe das Vorhandensein schuldrechtlicher Bestandteile nicht aus. Der Arbeitsvertrag begründe ein personenschuldrechtliches Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Aus diesem Gesichtspunkt heraus will Potthoff erklären, daß nach § 950 BGB der Arbeitgeber und nicht der Arbeitnehmer an den durch Verarbeitung oder Umbildung hergestellten neuen Sachen das Eigentum erwerbe [3]). Die Erscheinung des Eigentumserwerbs durch den Arbeitgeber sei ein Ausfluß der diesem zustehenden Direktionsgewalt.

Für das vorliegende Problem kommt nun Potthoff zu dem Ergebnis: Da durch den Abschluß des Arbeitsvertrages der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung stelle, kein fremdes Objekt, sondern ein Subjekt, sich selbst leiste, habe der Arbeitgeber den Lohn gemäß dem Satze casum sentit dominus für die Bereitstellung der Arbeitskraft stets zu zahlen, so lange nicht

---

[1]) In AR 1922 Sp. 273 ff. und AR 1925 Sp. 244 ff.
[2]) Vgl. Gierke Wurzeln des Dienstvertrages S. 57.
[3]) So Potthoff AR 1922 Sp. 30 ferner JW 1922 S. 552, wo er in übertriebener Weise denjenigen, welcher abhängige Arbeit leistet, mit einem römischen Sklaven und Haussohn vergleicht, die ja ebenfalls nicht Eigentümer der von ihnen hergestellten Sachen geworden seien. Ähnlich Harmsen S. 65, Sinzheimer Grundzüge des AR 1921 S. 22 ff.

das Hindernis in der Person des Arbeitnehmers selbst liege. Der Arbeitsvertrag schaffe ein Dauerverhältnis, nämlich die Verfügung des einen über Zeit und Kraft des anderen, nicht selbständige Einzelansprüche auf eine Anzahl von Arbeitsleistungen [1]). Es besteht also nach Potthoff grundsätzlich im Falle von Betriebsstockungen ein Lohnanspruch der Arbeitnehmer. Nur bei Betriebsstockungen, die auf Kampfmaßnahmen von Arbeitnehmern zurückzuführen sind, verneint Potthoff einen Lohnanspruch der Arbeitnehmer schlechthin. Zur Vermeidung von Härten, die dann eintreten, wenn eine ganze Reihe von Betrieben stillgelegt ist, räumt Potthoff dem Arbeitgeber ein Recht zur fristlosen Kündigung ein. Beruht die Nichtleistung von Arbeit auf Verkehrshindernissen, also allgemein auf Hindernissen, die sich auch auf die Person des Arbeitnehmers auswirken, da dieser nicht an der Arbeitsstätte erscheinen kann, so ist ohne Zweifel dem Arbeitnehmer kein Lohnanspruch zuzubilligen. § 616 BGB kann hier nicht zur Anwendung gelangen, sondern § 323 BGB, sofern man sich auf den Boden des BGB stellt. Nach Potthoff stellt § 616 BGB keine Ausnahmevorschrift von § 323 BGB dar, sondern ist gewissermaßen eine Auswirkung des Wesens des Arbeitsvertrages; denn der abhängige Arbeiter habe nicht einzelne Dienste als selbständige Leistungen, gewissermaßen wie unkörperliche Sachen, zu liefern, sondern dem Arbeitgeber eine begrenzte Verfügung über seine Person eingeräumt, so daß es folgerichtig sei, zu sagen, hier liege eine Schwäche der zur Verfügung gestellten Arbeitskraft vor, mit der jeder Arbeitgeber rechnen müsse. Nach dem Satze cuius commodum eius periculum müsse der Arbeitgeber als derjenige, dem der gesamte Nutzen aus der Verwertung der Arbeitskraft zufließe, auch das Risiko der Arbeitskraft tragen, also den Lohn bezahlen. § 616 BGB sei darum zwingend auszugestalten, und dürfe nicht durch Parteivereinbarung abdingbar sein [2]). Krankheit des Arbeitnehmers sei eine Verminderung der Arbeitskraft, deren Folgen der Arbeitgeber zu tragen habe. Potthoff kommt schließlich zu der an sich berechtigten Scheidung zwischen einem Gefahrenkreis des Arbeitgebers und einem solchen des Arbeitnehmers. Jede der Parteien habe den auf sie fallenden Teil des Risikos voll und ganz zu tragen. Eine Scheidung zwischen individuellem und generellem Betriebsrisiko sei deshalb nicht angezeigt. Wird die Betriebsstockung von den Arbeitnehmern verursacht, hervorgerufen etwa durch einen Sabotageakt, so billigt ihnen Potthoff keinen Lohn zu. Das soll nach ihm keine Frage der Gefahrenverteilung mehr sein, sondern eine Frage sozialer

[1]) In JW 1922 S. 553.
[2]) Anders mit Recht die herrschende Meinung s. u.

Organisation und Verantwortung. Hier entfalle ein Lohnanspruch infolge der zwischen den Arbeitnehmern eines Betriebes bestehenden Solidarität, nach welcher einer für den anderen einzustehen habe [1]).

Weiter als Potthoff geht Harmsen. Er leugnet im Gegensatz zu jenem den schuldrechtlichen Charakter des Arbeitsvertrages überhaupt. Auf Grund der geschichtlichen Entwicklung will Harmsen die Idee des Arbeitsvertrages gefunden haben. In Anlehnung an die Schrift Gierkes „Die Wurzeln des Dienstvertrages" unterscheidet er vier Perioden der geschichtlichen Entwicklung des Arbeitsvertrages:

1. das Zeitalter des Treudienstvertrages, in dem das Treu- und Dienstverhältnis den ganzen Menschen umfaßte;

2. die Zeit des deutschrechtlichen Dienstvertrages (Haupttypus der Gesindevertrag des 13. Jahrhunderts), in welcher neben den rein personenrechtlichen Bestandteilen sich bereits schuldrechtliche Momente im Arbeitsvertrag zeigten, letztere aber nur als eine Folge der ersteren [2]). Allmählich gewinnt so das schuldrechtliche Band immer mehr an Umfang, während das personenrechtliche immer mehr an Umfang verliert. So habe sich die Entwicklung zum

3. freien Arbeitsvertrage vollzogen. Dieser sei ein ganz und gar schuldrechtlicher Vertrag. Ein personenrechtliches Element sei nur die in ihm enthaltene Gehorsamspflicht. Der Zweck des Vertrages sei Dienstleistung gegen Entgelt, der Arbeiter verkaufe seine Arbeitskraft ebenso wie der Verkäufer seine Ware. Der Arbeitsvertrag sei nunmehr ein rein schuldrechtlicher Vertrag, der sich zum großen Teile aus der locatio conductio operarum herleite und nichts mehr mit der deutschrechtlichen commendatio gemein habe.

4. In unserer Zeit würden nun die personenrechtlichen Pflichten zum Teil von tragfähigen Körperschaften übernommen. Zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen den personen- und schuldrechtlichen Bestandteilen müsse der Zweck des Arbeitsvertrages herangezogen werden. Damit verlasse der Arbeitsvertrag seinen individualrechtlichen Rahmen und weite sich zu einem sozialrechtlichen Gebilde aus. Die den beiden Begriffen innewohnende höhere Einheit, die Idee des Arbeitsvertrages, sei der Mensch und zwar die Hingabe als Mensch. Diese Idee finde man nur beim abhängigen Arbeitsvertrag, der unabhängige Arbeiter gebe sich nicht hin. Begrifflich sei der Arbeitsvertrag ein Vertrag, durch den sich der Arbeitnehmer zur Innehaltung der Treupflicht und Leistung abhängiger Arbeit, der Arbeitgeber zur Innehaltung der Fürsorgepflicht und Leistung eines Entgelts verpflichtet [3]). Diese Idee des

[1]) Potthoff a. a. O. S. 554.
[2]) Nach Gierke hingegen ein überwiegend schuldrechtlicher Vertrag.
[3]) Harmsen S. 69.

Arbeitsvertrages, nämlich die Hingabe als Mensch, finde man auch in der Gemeinschaft, welche in der Idee als Bestandteil die Hingabe als Mensch enthalte. Ohne Hingabe sei keine Gemeinschaft denkbar. Diese strebe zur Einheit, welche in Wirklichkeit erst unter den Arbeitnehmern verwirklicht sei. Es müsse darum unter den Arbeitnehmern ein begrifflich faßbares Band bestehen. Dem Arbeitsvertrag als Einzelerscheinung trete der Arbeitsvertrag als Gesamterscheinung gegenüber. Die Idee dieses Vertrages sei „Hingabe als Mensch in Gemeinschaft mit Arbeitgeber und Arbeitnehmern, ein gemeinsames Band umschließe alle". In der begrifflichen Verwirklichung dieser Idee sei der Arbeitsvertrag zu deuten als ein personenrechtlicher Vertrag mit Bindung der einzelnen einmal an den Arbeitgeber und dann an die übrigen Arbeitnehmer, aber es bestehe noch kein sie alle umschließendes Band der Einheit und Gleichberechtigung. Die Idee der Einheit des Arbeitsvertrages als Gesamterscheinung erkenne man auch in der solidarischen Haftung der Arbeitnehmer, welche mit der des BGB nicht zn identifizieren sei.

Damit ist für Harmsen erwiesen, daß der Arbeitsvertrag kein Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB sei [1]). Die Idee des Dienstvertrages ist nach ihm die Hingabe der Arbeitskraft eines Menschen als Vermögensobjekt, die des Arbeitsvertrages Hingabe als Mensch. Die Idee des Dienstvertrages trennt nach Harmsen den Menschen von seiner Arbeitskraft, diese sei sozusagen seine Nutzung, wie die Früchte Nutzungen von Sachen seien. Begrifflich sei der Dienstvertrag ein individueller schuldrechtlicher Vertrag mit personenrechtlichen Nebenwirkungen, die jedoch nur als Innenwirkungen, d. h. zwischen dem einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auftreten, der Arbeitsvertrag sei ein personen-schuldrechtlicher Vertrag mit Innen- und Außenwirkungen. Der Dienstvertrag kenne keinen Unterschied zwischen abhängiger und unabhängiger Arbeit und wolle daher beide regeln, treffe aber nur die unabhängige Arbeit, der Arbeitsvertrag hingegen enthalte nur Leistung abhängiger Arbeit, der Dienstvertrag habe endlich seine Wurzel im römischen, der Arbeitsvertrag die seine im germanischen deutschen Recht. Da also beim Arbeitsvertrag das personenrechtliche Band den Ausschlag gebe, könne man nicht die Regeln über den Dienstvertrag, aber auch nicht die allgemeinen Normen der Schuldverhältnisse auf den Arbeitsvertrag anwenden. Brächte man die letzteren zur Anwendung, so würde man nicht die Wirklichkeit als Ganzes, als Einheit, fassen; es würde das personenrechtliche Band nicht berücksichtigt. Man spreche jetzt begrifflich nicht mehr von personen- und schuldrechtlichen Banden sondern von sozialrechtlichen. Nur soweit

[1]) Harmsen S. 72/73.

auch personenrechtliche Regelungen im BGB enthalten seien, könne man sie als Mindestmaß und Grundlage der Regeln des Arbeitsvertrages verwenden. Das gelte für die Bestimmungen der §§ 616 — 619 BGB, nicht aber für § 615 BGB, der seinen Ursprung aus rein schuldrechtlichen Begriffen herleite, da er ja vom Annahmeverzug handle, also einen besonderen Fall der allgemeinen Regeln der Schuldverhältnisse darstelle [1]).

Da der Arbeitgeber der Herr der Arbeitskraft des Arbeitnehmers sei und diese zu erhalten habe, besteht nach Harmsen immer dann ein Lohnanspruch, wenn der Arbeitnehmer seine Nebenverpflichtungen, zu denen Harmsen das Erscheinen an der Arbeitsstätte rechnet, erfüllt hat. Gehe die Betriebsstockung von nicht beteiligten Arbeitnehmern aus, so muß man nach Harmsen fragen: „Liegt die Ursache für die Betriebsstockung etwa auf Seiten der Arbeitnehmer, geht sie von Arbeitnehmern aus, die mit den Arbeitswilligen zu einer Einheit zusammengeschlossen sind?“ Sei die Frage zu bejahen, so entfalle der Lohnanspruch. Den Gedanken der Solidarhaft dürfe man nicht verwerten, da man diesen auch auf die Arbeitgeberseite übertragen müsse. Auch die Idee der Einheit der Arbeiterschaft eines Betriebes begründe keine Solidarhaft. Grundsätzlich habe bei Betriebsstockungen der Arbeitgeber den Lohn zu bezahlen, es sei denn, daß die Stockung durch Arbeitnehmer verursacht ist, die mit den Arbeitswilligen zu einer Einheit zusammengeschlossen sind [2]).

Nach Harmsen ist also im Falle der Betriebsstockungen, die auf Naturereignisse zurückzuführen sind, ein Lohnanspruch der Arbeitnehmer gegeben. Ebenso bejaht Harmsen im Falle eines technischen Versagens und einer Störung, die auf politische Verhältnisse zurückzuführen ist, einen Lohnanspruch der Arbeitnehmer. Gegen Härten, die für den Arbeitgeber daraus entstehen können, schützt nach Harmsen das Recht zur fristlosen Kündigung [3]).

Einen Lohnanspruch verneint Harmsen nur im Falle eines Teilstreiks im eigenen oder fremden Betriebe. Im ersten Falle bestehe die Einheit im Zusammenschluß zu einem Betriebe, im zweiten Fall im Zusammenschluß zu einer Organisation. Fehle diese Gemeinschaft, dann bestehe allerdings keine Haftung. Wenn also die Streikenden und Arbeitswilligen verschiedenen Verbänden, etwa den freien und christlichen Gewerkschaften angehören, dann hätten die Arbeitswilligen einen Lohnanspruch. Bei einem Zusammenschluß zu Spitzenverbänden liege eine Haftung nur vor, wenn es satzungs- oder übungsgemäß zu den Aufgaben des Spitzenverbandes gehört, auf Kampf-

[1]) Harmsen S. 76—79.
[2]) Harmsen S. 81—83.
[3]) Harmsen S. 84.

maßnahmen der einzelnen Verbände einzuwirken. Sei das der Fall, so bestehe eine Einheit, die den Lohnanspruch der Arbeitswilligen beseitige. Reichten die Organisationen über die Landesgrenzen hinaus, so sei nicht einzusehen, warum vor diesen Halt gemacht werden solle [1]).

Einen Lohnanspruch bejaht dagegen Harmsen, wenn die Betriebsstockung durch ein technisches Versagen des Betriebes verursacht ist auch dann, wenn ein einzelner Arbeitnehmer nicht im Rahmen der zwischen ihm und den übrigen Arbeitnehmern des Betriebes bestehenden Einheit handelt. In dem Falle spiele die Wahrnehmung gemeinsamer Interessen keine Rolle, in dem ein oder mehrere einzelne Arbeitnehmer außerhalb eines Wirtschaftskampfes lediglich aus egoistischen Motiven, im individuellen Interesse, Betriebsstockungen herbeiführten [2]).

Potthoff und Harmsen leugnen also beide den schuldrechtlichen Charakter des Arbeitsvertrages. Auf Grund der Schrift Gierkes glauben sie, im Arbeitsvertrag die personenrechtlichen Elemente, welche sich in der Gehorsams- und Treupflicht des Arbeitnehmers und in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers äußern, als das Wesentliche ansehen zu müssen. Die geschichtliche Entwicklung zeigt aber deutlich, daß der moderne Arbeitsvertrag überwiegend schuldrechtlicher Natur ist, allerdings mit personenrechtlichen Nebenwirkungen [3]). Insbesondere Harmsen hebt das Nebensächliche zu stark hervor [4]). Potthoff und Harmsen gelangen beide aus dem Wesen des Arbeitsvertrages zu dem Gedanken der Gemeinschaft, den sie verwirklicht sehen innerhalb eines Betriebes und innerhalb einer Organisation. Sie berufen sich auf die Tarifvertragsverordnung und das Betriebsrätegesetz. Harmsen hat richtig erkannt, daß man den Gedanken der Gemeinschaft nur da anwenden darf, wo eine solche tatsächlich besteht. Eine Verbundenheit ist in rechtlich bedeutsamer Weise heute nur auf Seiten der Arbeitnehmer verwirklicht. Sie sind zu Verbänden zusammengeschlossen, welche getragen sind von dem Gedanken der Solidarität, den sie auch pflegen in der klaren Erkenntnis, daß nur der straffe Zusammenschluß, der das Eintreten des einen für den anderen zur Voraussetzung hat, ihnen eine politische und wirtschaftliche Machtstellung verliehen hat. Der Gedanke der Solidarität ist aber m. E. im Gegensatz zu Potthoff und Harmsen vor allem in den politischen und wirtschaftlichen Verbänden außerhalb eines Betriebes verwirklicht und nur soweit die Angehörigen eines Betriebes sich dem Machtgebot eines derartigen Verbandes zu fügen haben,

[1]) Harmsen S. 88/89.
[2]) Harmsen S. 92/93.
[3]) S. Gierke, Das Wesen des Dienstvertrages S. 53 ff., S. 68, Deutsches Privatrecht S. 600.
[4]) Vgl. Nikisch S. 127 Anm. 75a und S. 188 ff.

das sich namentlich in dem Abschluß von Tarif- und Betriebsvereinbarungen äußert, besteht auch innerhalb des Betriebes eine Verbundenheit der in ihm geeinten Arbeitnehmer. Gegenüber den Theorien, welche den Gedanken der Gemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern und der letzteren unter sich selbst so stark betonen, ist immer wieder darauf hinzuweisen, daß der Arbeitsvertrag ein überwiegend schuldrechtliches Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Einzelperson darstellt. Nicht die Gemeinschaft der Arbeitnehmer hat einen einheitlichen Entgeltsanspruch gegen den Arbeitgeber, sondern jeder einzelne Arbeitnehmer hat auf Grund des von ihm mit dem Arbeitgeber geschlossenen Einzelarbeitsvertrages einen selbständigen Lohnanspruch. Da der Arbeitsvertrag ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Privatpersonen ist, ist von den Vorschriften des BGB unbedingt auszugehen und sind die Normen des Dienstvertrages auf ihre Anwendbarkeit hin genau ins Auge zu fassen. Nur so allein wird man vor Inkonsequenzen und reinen Billigkeitserwägungen verschont bleiben. Insbesondere ist nicht einzusehen, warum § 615 BGB auf den Arbeitsvertrag als einen schuldrechtlichen Vertrag keine Anwendung finden soll. § 615 BGB bringt deutlich zum Ausdruck, daß grundsätzlich der Arbeitgeber das Betriebsrisiko zu tragen hat.

Da die Personenrechtstheorie dem Wesen des Arbeitsvertrages nicht gerecht wird, ist sie im Einklang mit der herrschenden Lehre abzulehnen [1]).

III. Abschnitt.

Lösungsversuch aus dem Gedanken der Verantwortlichkeit einer Person für die in ihren Rechtskreis fallenden Ereignisse.

In den beiden vorhergehenden Abschnitten wurden die verschiedenen Theorien gezeigt, welche zur Lösung des Problems der Betriebsstockungen aufgestellt worden sind. Sowohl zivilistische wie arbeitsrechtliche Gedankengänge wurden zur Entscheidung der Frage, ob im Falle der Betriebsstockungen ein Lohnanspruch von Arbeitnehmern besteht, dargelegt. Sie alle mußten als mit den Tatsachen unvereinbar abgelehnt werden. Es soll nun der Versuch unternommen werden, den Weg zu einer einheitlichen Lösung zu weisen, welche mit dem Gesetz und den Tatsachen im Einklang steht. Hierbei wird es sich zeigen,

[1]) Siehe Silberschmidt JW 1923 S. 221 ff.; Oertmann Arbeitsvertrag S. 14 ff.; Nikisch S. 189, Gierke Deutsches Privatrecht S. 590 ff.; Melsbach S. 28 und die herrschende Ansicht der Kommentare u. a. Staudinger Vorbemerkung I 3c vor § 611.

daß zu einer solchen Lösung keine neuen Gesichtspunkte mehr gebracht zu werden brauchen, daß sich vielmehr die bereits gefundenen ohne weiteres verwerten lassen.

Das Problem der Betriebsstockungen ist erst mit dem gewaltigen Aufschwung der Industrie, mit ihrer Zusammenballung großer Menschenmassen zur Verwirklichung eines einheitlichen Arbeitserfolges brennend geworden und wird wohl so lange währen, als dieses Zeitalter der hochgetriebenen Industrie und des Fabrikwesens, des Streiks und Strommangels, des jagenden Verkehrs und der großen Städte, des Tempos und der alles erfassenden Organisationen dauern wird. Weil das vorliegende Problem ein hervorragendes Symptom unseres Zeitalters ist, ist es begründet, dasselbe in den Fluß des historischen Werdens zu stellen.

Bevor wir die allgemeinen rechtspolitischen Gedankengänge, welche zur Lösung des Problems verwertet werden müssen, erörtern, ist darum zunächst ein Überblick über die geschichtliche Entwicklung angezeigt.

§ 7.

Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Problems der Betriebsstockungen unter besonderer Berücksichtigung seiner Ausgestaltung in Österreich und der Schweiz.

Die gleiche Rechtsunsicherheit und dieselben Meinungsgegensätze, welche jetzt noch in der Auslegung der §§ 323, 615, 616 BGB herrschen, sind bereits im gemeinen Recht anzutreffen, wie das Urteil des Reichsgerichts vom 7. 12. 1880 beweist [1]). Ein Bauer des Herzogtums Lauenburg hatte Bauervogtdienste zu leisten und erhielt als Entgelt hiefür die Nutznießung an der sog. Bauervogtskoppel. Durch die Preußische Landgemeindeordnung vom 2. 11. 1874 wurde das Amt eines Bauervogts aufgehoben. Da der klagende Landmann auf die ihm eingeräumte Nutznießung nicht verzichten wollte, erhob er Klage und brachte folgende Gründe vor: Da ihm die Stelle eines Bauervogtes auf Lebenszeit verliehen worden sei, könne ihm der Genuß der Dienstemolumente nicht entzogen werden, so lange er zur Leistung der Bauervogtsdienste fähig und bereit sei.

Und so wie heute noch der Meinungsstreit darum geht, ob in einem derartigen Fall Annahmeverzug gegeben sei oder Unmöglichkeit der Leistung unter evt. Anwendung des § 616 BGB, so untersuchte bereits damals das Reichsgericht, ob diese oder jene Pandektenstelle zu einem allgemeinen Prinzip erhoben werden dürfe, oder ob nicht

[1]) RGZ Bd. 3 S. 179 ff.

viel mehr einschränkend zu interpretieren sei. Das Reichsgericht hat zu Ungunsten des Bauervogtes entschieden, da es sich keineswegs nur um eine kasuelle Unmöglichkeit der Annahme der von ihm zu leistenden Dienste handle, sondern auch eine Unmöglichkeit der Erfüllung auf seiner Seite vorliege.

Schon allein die Tatsache, daß noch im Jahre 1880 ein Urteil des Reichsgerichts Stellen aus dem Gesetzbuche des Kaisers Justinian auf ihre Verwertbarkeit für einen Vorgang am Ende des 19. Jahrhunderts prüfte, muß den Anlaß geben, die bedeutendste der einschlägigen Stellen des corpus juris kurz anzuführen. Jn D. 19, 2, 19 § 9 hat ein gewisser Antonius einen Geschwindschreiber auf ein Jahr angestellt. Vor Ablauf des Jahres stirbt Antonius und der Geschwindschreiber klagt nun auf das Gehalt des ganzen Jahres. Auf seine Anfrage erteilen ihm die Kaiser Antonius Caracalla (211—217) und Septimius Severus folgenden Bescheid: Da es an dir nicht gelegen ist, daß du deine dem Antonius vermieteten Dienste nicht leistest, so ist es billig, daß der Vertrag getreulich erfüllt werde, vorausgesetzt, daß du nicht von einem andern für dasselbe Jahr einen Lohn erhalten hast. Jn diesem kaiserlichen Reskript kann man ohne Schwierigkeit ein Urbild des § 615 BGB erkennen. Die beiden römischen Kaiser haben dem Geschwindschreiber deshalb seinen Lohn zugesprochen, weil das Hindernis der Arbeitsleistung nicht in seiner Person, sondern auf Seiten des Arbeitgebers gelegen ist.

Der Glossator Accursius (Mitte des 13. Jahrhundert) hat denn auch den nahe liegenden Umkehrschluß gezogen „sondern an dem Mieter deiner Dienste". Dieser Stelle fügt Bartolus (13. Jahrhundert) die Glosse hinzu: Zufall in der Person des Arbeitgebers befreit nicht von der Lohnzahlungspflicht.

In Anschluß an diese Pandektenstelle stellt Azo (Beginn des 13. Jahrhunderts) folgendes Schema auf:

a) Der Mieter (Dienstherr) hat die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten.

1.) Schuldhaft, dann Haftung für den vollen Lohn
2.) Haftung auch für Zufall, der in seiner Person eintritt (Tod des Dienstherrn)

b) Der Vermieter der Dienste (Dienstschuldner) hat die Unmöglichkeit der Dienste zu vertreten.

1.) Schuldhaft, dann Haftung auf das volle Interesse.
2.) Ohne Verschulden, doch infolge eines in seiner Person liegenden Grundes, dann Wegfall eines Lohnanspruchs, höchstens Zahlung nach dem Verhältnis der bereits geleisteten Arbeit.

Dieser letzte Fall ist ein getreues Vorbild des § 323 BGB. Dieser verneint ebenfalls grundsätzlich wegen eines in der Person des Dienstverpflichteten liegenden Grundes

einen Lohnanspruch des Arbeitnehmers. § 616 BGB billigt lediglich aus sozialen Erwägungen dem Arbeitnehmer für nicht erhebliche Zeit einen Lohnanspruch zu. Vom systematischen Standpunkt aus verdient die Gliederung Azos ohne Zweifel den Vorzug gegenüber unserer durch die Rechtsfigur des Annahmeverzugs stark verwirrten Systematik des BGB [1]).

Auch in Österreich finden wir zur Lösung des vorliegenden Problems das Schema Schuld und Zufall. Ein näheres Eingehen auf das Recht Österreichs ist darum berechtigt, weil es ebenfalls wie das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch seinen Ursprung im gemeinen Recht hat.

In Österreich sind zu unserem Problem drei Entwicklungsstufen deutlich zu erkennen. Sie sind verkörpert in dem Codex Theresianus (aus dem Jahre 1766) und dem Entwurf Horten (1771 ff.). In beiden sind Zufall und Schuld klar gegenübergestellt. Bei Schuld des Arbeitgebers besteht ein Lohnanspruch des Arbeitnehmers, wird die Arbeitsleistung durch Zufall unmöglich, dann entfällt ein Lohnanspruch. Trifft aber den Arbeitnehmer an der Nichtleistung die Schuld, dann verliert er den Lohnanspruch und macht sich außerdem schadensersatzpflichtig. Es fehlt hier der von den Glossatoren herausgearbeitete Gesichtspunkt der Haftpflicht des Arbeitgebers für Zufall, der in seiner Person eintritt. Ein Rechtsanspruch auf Weiterzahlung für den Fall der Erkrankung des Arbeitnehmers wie in unserem § 616 BGB wird abgelehnt, es findet sich lediglich eine Mahnung zu sozialem Verhalten des Arbeitgebers [2]).

Diesen beiden Gesetzeswerken schließt sich der Entwurf Martini (aus dem Jahre 1794) an. Auffallend ist hier, daß die bei uns zusammengestellten Bestimmungen, nämlich die §§ 615 und 616 BGB hier räumlich getrennt sind in § 18 und 23 des Entwurfes. Es zeigt sich bereits eine Unklarheit im Verhältnis der beiden Bestimmungen zu einander, die in einem ähnlichen Verhältnis wie die §§ 615 und 616 BGB zu einander stehen. Im Entwurf Martini ist jedoch ebenso wie beim Codex Theresianus und beim Entwurf Horten nur entscheidend der Gesichtspunkt der Schuld. Es heißt in § 23 des Entwurfes: Wird die Arbeit unterbrochen, so ist jeder Teil für sein Verschulden verantwortlich, keiner aber für den Zufall. Daran ändert auch die Bestimmung des § 18 des Entwurfes nichts, welcher lautet: Auch für Dienste und Arbeiten, die nicht geleistet worden sind, gebührt dem gedungenen Dienstmann der Lohn, wenn er das ihm aufgetragene Geschäft zu verrichten bereit war, von dem Dinger aber daran verhindert oder sonst um seine Zeit gebracht worden ist. Man

[1]) Siehe zu den ganzen Ausführungen Hedemann S. 15—20, Anm. 32 und 33 sowie 40, wo auch die übrigen in Frage kommenden Pandektenstellen näher ausgeführt werden.

[2]) Hedemann S. 21 und Anm. 42.

könnte geneigt sein, in dem Wörtchen „bereit“ die Figur des Annahmeverzugs zu erblicken, dem ist aber nicht so, wie Hedemann [1]) mit Recht erwähnt. Der Dienstmann sollte nach dem Entwurf nur dann den Lohn erhalten, wenn er vom Dinger daran verhindert oder sonst um seine Zeit gebracht worden ist. Es wird also dem Dienstmann nur dann trotz Nichtleistung der Arbeit ein Lohn zuerkannt, wenn er, arbeitsbereit, und nur infolge eines Verschuldens des Dingers die Arbeitsleistung nicht erbringen konnte. Jemand an der Arbeitsleistung verhindern oder um seine Zeit bringen, kann man nur schuldhaft, Annahmeverzug setzt aber, wie bereits ausgeführt, kein Verschulden voraus.

Das ABGB von 1811 bringt nun die Wandlung. Es setzt der Schuld den Zufall in der Person des Arbeitgebers gleich, wenn es in § 1155 heißt: Auch für Dienst und Arbeiten, die nicht zustande gekommen sind, gebührt der bestellten Person eine angemessene Entschädigung, wenn sie das Geschäft zu verrichten bereit war, und von dem Besteller durch Schuld oder einen Zufall, der sich in seiner Person ereignet hat, daran verhindert oder überhaupt durch Zeitverlust verkürzt worden ist [2]). Damit ist eine Verteilung der Gefahr nicht nur nach dem Moment der Schuld vorgenommen, sondern es wird auch versucht, den Zufall zu verteilen, was bereits Azo unternommen hat, der ja für ein Ereignis nicht bloß dann den Arbeitgeber haften läßt, wenn dieser es schuldhaft herbeigeführt hat, sondern auch dann, wenn es sich um ein zufälliges, ihm aber zurechenbares Ereignis handelt (Siehe oben S. 49). Nun setzen aber ähnlich wie bei uns die Kontroversen über die Abgrenzung von Annahmeverzug und Unmöglichkeit ein, indem die Frage auftaucht, was mit den Worten „in seiner Person“ gemeint sei. Ein älterer Kommentator, Zeiller [3]), legte den Nachdruck auf das Wort „Person“. Ein außerhalb des rein Persönlichen liegender Zufall sollte nach ihm keine Haftung des Arbeitgebers begründen. Ist also nach Zeiller das Leistungssubstrat ordnungsgemäß gestellt, geht aber durch Zufall unter, so soll dem Arbeitnehmer kein Lohnanspruch zukommen. Dieser gewissermaßen engeren Auslegung trat der Kommentator Nippel [3]) entgegen. Nach ihm liegt der Nachdruck nicht auf dem Worte „Person“, sondern auf dem Wort „seiner“. Es kommt ihm auf den Gegensatz zwischen der Person des Arbeitgebers und der Person des Arbeitnehmers an. Person verblaßt dann zu einer zusammenfassenden Bezeichnung und wird durch das Wörtchen „auf seiner Seite“ ersetzt. Hier zeigt sich die Farblosigkeit der beiden Ausdrücke; denn

[1]) Hedemann S. 23.
[2]) Hedemann S. 24 Anm. 44.
[3]) Hedemann S. 24.

niemand kann gezwungen werden, das Wort „Person“ in dem engen oder in dem weiten Sinn zu verstehen [1]).

Durch die Teilnovelle von 1916 wurde in dem dem § 616 BGB entsprechenden § 1154b ABGB der Gedanke der sozialen Fürsorge aufgenommen, indem bei Unterbrechung der Arbeit der Arbeitnehmer dann nicht für den Zufall einzustehen hat, wenn er durch Krankheit oder einen Unglücksfall für eine verhältnismäßig kurze, jedoch eine Woche nicht übersteigende Zeit an der Dienstleistung verhindert wird, ohne dieses vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit verschuldet zu haben. Dasselbe gilt, wenn er durch andere wichtige, seine Person betreffende Gründe ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Hier wird der Boden des rein Systematisch-Logischen verlassen und dem Arbeitgeber ein Mehr von Pflichten auferlegt.

Für unser Problem ist aber bedeutender als der Wortlaut des § 1154b ABGB der Wortlaut des § 1155 ABGB, welcher unserem § 615 BGB analog gebildet ist. Anstatt der Worte „in seiner Person“ setzte man den weiteren von Nippel geprägten Ausdruck „durch Umstände, die auf Seite des Dienstgebers liegen“. Wenn nun wiederum an Stelle des konkreten Ausdrucks „in seiner Person“ der farblosere „auf der Seite“ gewählt wurde, so läßt die geschichtliche Entwicklung deutlich erkennen, daß hiermit der dem Arbeitnehmer freundlichere Gesichtspunkt gewählt sein soll [2]).

Eine Parallele zu dieser Entwicklung in Österreich bildet auch die rechtliche Ausgestaltung unseres Problems in der Schweiz. Auch im Schweizer Zivilgesetzbuch entspricht dem § 616 BGB Art. 335, der ebenfalls aus sozialen Erwägungen im Falle von Krankheit, schweizerischem obligatorischem Militärdienst oder aus ähnlichen Gründen dem Arbeitnehmer, wenn ihn kein Verschulden trifft, für eine verhältnismäßig kurze Zeit einen Anspruch auf Lohnzahlung zuerkennt, also von dem rein logischen System, daß jede Partei den sie treffenden Zufall voll und ganz zu tragen hat, eine Ausnahme macht [3]).

Dieser Regelung „auf Seiten des Arbeitnehmers“ gesellt sich nun der dem § 615 BGB entsprechende Art. 332 mit einer Regelung, die eine Stockung behandelt, welche der Seite des Arbeitgebers zur Last zu legen ist, mit den Worten: „Kommt der Dienstherr mit der Annahme der Dienstleistung in Verzug, so kann der Dienstpflichtige den vereinbarten Lohn fordern, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein, muß sich jedoch anrechnen

[1]) Hedemann S. 25.
[2]) S. Hedemann S. 26.
[3]) Über die Gründe, welche die schweizerischen Kommentatoren für die Ausnahmen von dem rein logischen System anführen, s. Hedemann S. 30.

lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat". Hier ist also der Begriff des Annahmeverzugs verwertet und das ganze Problem in die Zivilrechtsdogmatik eingespannt ganz wie im deutschen Recht. Es entspann sich nun in der Schweiz derselbe Streit über die Abgrenzung zwischen den Begriffen „Annahmeverzug" und „Unmöglichkeit". Wie sich bei uns der Kampf um die Auslegung der §§ 615 und 323 BGB dreht, so ist er im schweizerischen Recht um die Auslegung der Artikel 332 und 119 entbrannt. Letzterer läßt die Gegenforderung, also den Lohnanspruch wegfallen, wenn die geschuldete Leistung, die Arbeit, unmöglich geworden ist. Auch in der Schweiz ist die Ansicht herrschend, daß sich die beiden Begriffe „Annahmeverzug" und „Unmöglichkeit der Leistung" gegenseitig ausschließen [1]).

An Hand der geschichtlichen Entwicklung, wie sie das behandelte Problem besonders in Österreich durchgemacht hat, können wir also folgende Entwicklungsstufen unterscheiden.

In der ersten Entwicklungsstufe ist nur der einfache Maßstab der Schuld zu finden, dem sich sogleich als Gegenbegriff der Zufall an die Seite stellt. Dieses klare System findet sich im Anschluß an verschiedene Digestenstellen bei Azo und in den österreichischen Gesetzbüchern, nämlich dem Codex Theresianus, dem Entwurf Horten und dem Entwurf Martini, sowie noch im § 1160 des ABGB von 1811. Hierauf folgt dann eine Verteilung des Zufalls durch die Formel von „Gründen in seiner Person", welche deutlich zutage tritt im § 1155 ABGB (Fassung von 1811 auf Anregung Zeillers), aber bereits angedeutet bei Bartolus und Azo, heute noch vorhanden im § 616 BGB, der von einem in seiner Person (des Arbeitnehmers) liegenden Gründe spricht. Schließlich folgt der Übergang zu dem abstrakten Begriff „auf seiner Seite". Diese Vertauschung ist im Gegensatz zu Azo, der auf seiner Seite und in seiner Person als synonyme Begriffe behandelt, in der österreichischen Gesetzgebung mit Bewußtsein erfolgt, veranlaßt durch das auftauchende soziale Moment [2]).

Auch die geschichtliche Entwicklung in Österreich, welche deutlicher als die Entwicklung bei uns den gedanklichen Entwicklungsgang aufzeigt, ist gekennzeichnet durch eine große Unsicherheit. Den Höhepunkt der Zweifel erreicht man aber mit dem reinen Konstruktionsgebilde des Annahmeverzugs, wie ihn das deutsche und das schweizerische Recht aufweist. Dieselben Schwierigkeiten, welche eine Abgrenzung zwischen Annahmeverzug und Unmög-

[1]) Hedemann S. 31 Anm. 58.
[2]) Hedemann S. 34.

lichkeit der Leistung im deutschen Recht bereitet hat, finden wir auch in der schweizerischen Rechtsprechung. Man ist deshalb auch in der Schweiz dazu gekommen, von Fall zu Fall eine Entscheidung zu treffen, also auf demselben Standpunkt, den das Reichsgericht einnimmt, angelangt [1]).

Im folgenden soll jedoch gezeigt werden, daß der Gedanke einer Verteilung des Zufalls oder, modern gesprochen, des Betriebsrisikos, schon nach einer Weiterentwicklung über die Abgrenzung zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit hinaus fähig ist, aus dem ihm zu Grunde liegenden Gedanken, daß jede Vertragspartei für die in ihre Sphäre fallenden Ereignisse ohne Rücksicht auf ein Verschulden einzustehen hat.

§ 8.

Der Gedanke der Verantwortlichkeit einer Partei für die in ihren Rechtskreis fallenden Ereignisse in seiner Anwendung auf den Arbeitsvertrag.

Wie bereits erwähnt, stützt sich der vom Arbeitnehmer im Falle einer Betriebsstockung geltend gemachte Lohnanspruch auf den zwischen ihm und dem Arbeitgeber geschlossenen Arbeitsvertrag. Eine Lösung ist demnach zuerst der bestehenden Parteivereinbarung zu entnehmen, wie das Reichsarbeitsgericht mit Recht wiederholt ausgeführt hat. Haben die Parteien für den Fall der Betriebsstockung eine Abrede getroffen, so ist allein die vertragliche Vereinbarung maßgebend. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Vertragsinhalt tatsächlich von dem einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in dem Einzelarbeitsvertrag, den die beiden miteinander abschließen, festgelegt ist, oder ob sich die Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Lohnanspruchs einer Gesamtvereinbarung, einem Tarifvertrag oder einer Arbeitsordnung zu entnehmen ist.

Zweifel entstehen erst, wenn die Parteien keine besondere Abrede für den Fall der Betriebsstockung getroffen haben. Mit der Lohnforderung macht der Arbeitnehmer einen auf seinem Arbeitsvertrag beruhenden

[1]) Ebenso die Praxis der bedeutendsten Industriestaaten Europas, wie England, wo das vorliegende Problem lediglich eine Frage der Parteivereinbarung ist, und die Beantwortung in jedem einzelnen Fall von dem jeweils abgeschlossenen Vertrage abhängt, desgleichen Frankreichs, wo ebenfalls das Schwergewicht in die Einzelpraxis gesunken ist (Hedemann S. 28 und Anm. 55), ferner Belgiens, wo es ebenfalls wie in Deutschland keine einheitliche Lösung gibt, vielmehr den Schlichtungsämtern die Regelung im Einzelfall überlassen ist (Hedemann S. 27—29 und Anm. 54—56).

Anspruch geltend. Normen über den Arbeitsvertrag enthält nur das BGB in den §§ 611 ff. Es ist nun zu untersuchen, ob der Dienstvertrag des BGB für den Fall der Betriebsstockungen eine Spezialnorm enthält. Er enthält in § 615 die Vorschrift, daß der zur Dienstleistung Verpflichtete, kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen kann, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Damit sind wir wiederum auf den Begriff des Annahmeverzugs verwiesen. Streng genommen müßte also eine Lösung aus den abstrakten Begriffen des allgemeinen Schuldrechts, insbesondere der Kategorie der Unmöglichkeit der Leistung, gefunden werden. Durch die obigen Ausführungen ist jedoch erwiesen, daß man mit einer rein logischen Abgrenzung der Begriffe „Annahmeverzug" und „Unmöglichkeit der Leistung" nicht zum Ziele gelangt, da wegen der Abstraktheit der beiden Begriffe die Möglichkeit der Leistung nicht eindeutig bestimmt werden kann.

Es muß darum ein anderer Weg zur Lösung des Problems beschritten werden. Zunächst sei die Stelle des § 615 BGB näher ins Auge gefaßt. Dem § 616 BGB geht eine Bestimmung voraus, nach welcher die Vergütung für geleistete Dienste erst nach der Leistung zu entrichten ist. Hiermit wird deutlich zum Ausdruck gebracht, daß dem Arbeitnehmer nur dann ein Lohn zukommt, wenn er die vertraglich ihm obliegende Arbeit geleistet hat. Es handelt sich hier demnach nicht um eine Leistung Zug um Zug gemäß § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dem Arbeitnehmer steht kein Leistungsverweigerungsrecht zu, weil der Arbeitgeber ihm den vertraglich ausbedungenen Lohn nicht anbietet. Hingegen ist anwendbar § 320 Abs. 2 des BGB. Der Arbeitgeber kann also trotz bestehender Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers den Lohn insoweit nicht verweigern, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles der Arbeitsleistung gegen Treu und Glauben verstoßen würde [1]). Nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 321 BGB, wenn nach dem Abschluß des Arbeitsvertrages in den Vermögensverhältnissen des Arbeitgebers eine wesentliche Verschlechterung einträte, durch die der Lohnanspruch des Arbeitnehmers gefährdet würde, könnte der Arbeitnehmer die Vornahme der vertraglichen Arbeit verweigern, bis der Arbeitgeber den Lohn gezahlt oder Sicherheit dafür geleistet hätte. Aus § 614 BGB wäre nach diesen Ausführungen zu folgern, daß ein Lohnanspruch des Arbeitnehmers überhaupt nicht zur Entstehung gelangt, wenn dieser seiner Vorleistungspflicht nicht Genüge getan hat.

[1]) Lotmar Bd. 2 S. 367 ff.

§ 615 BGB stellt eine Ausnahmevorschrift gegenüber 614 insoweit dar, als er dem Arbeitgeber einen Lohnanspruch zubilligt, ohne daß dieser Arbeit geleistet hat, was insbesondere daraus hervorgeht, daß eine Nachholungspflicht grundsätzlich verneint wird. Wäre nun die Bestimmung des § 615 BGB eine Vorschrift über den Annahmeverzug, so könnte nicht davon die Rede sein, daß grundsätzlich, von besonderer Parteivereinbarung abgesehen, eine Nachholung der unterbliebenen Arbeit ausgeschlossen sein soll. Das Wesen des § 615 BGB wird am besten verständlich, wenn man den ihm folgenden § 616 BGB näher betrachtet. § 616 BGB spricht dem Arbeitnehmer, welcher für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund, ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird, einen Lohnanspruch zu. Die Einschränkungen, welche § 616 Satz 2 BGB bringt, sollen hier, da für das vorliegende Problem von untergeordneter Bedeutung, unbeachtet bleiben. § 616 BGB ist, wie klar ersichtlich, eine Ausnahmebestimmung gegenüber § 323 BGB, indem er trotz Nichtleistung von Arbeit dem Arbeitnehmer einen Lohnanspruch zuerkennt. Er steht aber auch in einem gewissen Gegensatz zu § 615 BGB, indem er eine Nichtleistung der Dienste aus einem in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grund zur Voraussetzung hat, während gerade § 615 BGB durch die Erwähnung des Annahmeverzugs, der doch eine mögliche Leistung voraussetzt, zum mindesten das Erfordernis aufstellt, daß der Schuldner der Arbeitsleistung zu ihrer Vornahme fähig und bereit ist, eine Voraussetzung, die allgemein zum Eintritt des Annahmeverzugs erfordert wird. Daraus ist m. E. zu folgern, daß § 615 BGB den Arbeitgeber für alle Zufälle haften lassen will, die in seiner Person eintreten. Die Gegenüberstellung zum § 616 BGB zeigt, daß, wenn das Leistungshindernis der Nichtleistung nicht in der Person des Schuldners, des Arbeitnehmers, liegt, sondern in der Person des Gläubigers, des Arbeitgebers, dieser dafür einzustehen hat. § 616 BGB erkennt dem Arbeitnehmer nur aus rein sozialen Erwägungen einen Lohnanspruch zu, grundsätzlich verneint er also, wenn das Leistungshindernis in der Person des Arbeitnehmers liegt, einen Lohnanspruch desselben. Damit sind wir auf eine Teilung der Gefahr gekommen, wie wir sie bereits im österreichischen Recht kennengelernt haben. Die §§ 615 und 616 BGB letzterer zugleich als Ausnahmevorschrift zu § 323 BGB betrachtet, sind die Ausgangspunkte für die Verteilung des Betriebsrisikos. Nach ihnen hat jede der Parteien das in ihrer Person eintretende Ereignis zu vertreten. Wollte man die Entwicklung in Österreich auf unser Recht übertragen, so käme man zu dem Ergebnis, daß der Arbeitnehmer für alle Ereignisse haftet, die ihn

verhindern, seine Arbeitsbereitschaft dem Arbeitgeber zu erklären, während der Arbeitgeber für all die Ereignisse einzustehen hat, die ihn hindern, einer ihm obliegenden Mitwirkung nachzukommen, also z. B. das Arbeitssubstrat zu stellen. Der Arbeitgeber hätte nach dieser Scheidung auch dann zu haften, wenn ihn die Stellung des Arbeitssubstrates durch Zufall unmöglich gemacht wird.

Zu dieser Abgrenzung hat man den einzelnen Arbeitsvertrag in die verschiedenen, den beiden Parteien obliegenden Handlungen, welche zur Erzielung des Arbeitsergebnisses erforderlich sind, zu zerlegen. Dies geschieht am einfachsten, wenn man sich an die logische und zeitliche Aufeinanderfolge der einzelnen den Parteien obliegenden Leistungen, welche zur Bewirkung des ganzen Schuldverhältnisses vorgenommen werden müssen, hält. Zeitlich ist die erste zur Herbeiführung einer Arbeitsleistung erforderliche Handlung die Stellung der Arbeitssubstrate. Hierauf folgt die Leistungspflicht des Arbeitnehmers und schließlich die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers gemäß § 614 BGB. Dies ist das Schema, nach dem sich jeder Arbeitsvorgang in zeitlicher und logischer Folge vollzieht. Man darf aber nicht in den Fehler Kaskels, von dem das m. E. richtige Schema übernommen ist, verfallen, daß man jedes Glied des Arbeitsvorganges als eine Schuldnerpflicht der Partei bezeichnet, die für seine Vornahme nach dem Arbeitsvertrag zu sorgen hat. Die Stellung der Arbeitssubstrate, die Pflicht zur Arbeitsleistung und die Lohnzahlungspflicht zeigen deutlich, daß jede der aufgezählten Obliegenheiten in irgend einer Weise eine Haftung begründet, mag diese auch verschiedene Rechtsfolgen zeitigen. So gerät der Arbeitgeber bei Nichtstellung der Arbeitssubstrate in Annahmeverzug. Aus seinem Vermögen hat er das Substrat zu stellen und die Mittel zu seiner Stellung diesem zu entnehmen. Es ist darum billig, daß bei einer Verletzung dieser Obliegenheit der Arbeitgeber irgendwie haftbar gemacht wird, selbst dann, wenn durch Zufall ihm die Stellung der Substrate unmöglich werden sollte. Die Gegenpartei, der Arbeitnehmer, ist ohne den geringsten Einfluß auf das Stellen der Substrate. Es ist wohl der Sinn des § 615 BGB, daß durch irgend ein Ereignis, das in erster Linie das Vermögen des Arbeitgebers, also die Sphäre des Gläubigers betrifft, der Lohnanspruch des Arbeitnehmers als des Schuldners nicht beeinträchtigt werden soll. Das Versagen der Substrate, welche der Gläubiger zu stellen hat, liegt ohne Zweifel in seinem Rechtskreis.

Hat hingegen der Arbeitnehmer die Leistungssubstrate zu stellen, etwa das Handwerkszeug selbst zu beschaffen, so trifft ein Untergang desselben, mag er auf eine Schuld des Arbeitnehmers oder auf den Zufall zurückzuführen sein,

allein diesen, da in dessen Rechtskreis, für den er voll und ganz einzustehen hat, das Ereignis fällt. Kann der Arbeitnehmer das Leistungssubstrat nicht stellen, so gerät er gegen den Arbeitgeber in Leistungsverzug, da er die ihm obliegende Schuldnerpflicht zur Arbeitsleistung nicht zu erfüllen vermag. Diese entgegengesetzte Behandlung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist dadurch bedingt, daß die Stellung der Arbeitssubstrate für den Arbeitgeber keine Schuldnerpflicht, für den Arbeitnehmer aber die Voraussetzung zur Erfüllung der ihm obliegenden Arbeitspflicht darstellt.

Hat nun der Arbeitgeber die ihm obliegende Mitwirkungshandlung nicht vorgenommen, die Arbeitssubstrate nicht gestellt, ist auch der Arbeitnehmer nicht imstande, an der Arbeitsstelle zu erscheinen, sei es, daß dieser erkrankt ist oder sonst ein in seiner Person liegender Hinderungsgrund vorliegt, so besteht kein Lohnanspruch desselben, höchstens im Rahmen des § 616 BGB, denn obwohl der Arbeitgeber der ihm obliegenden Aufgabe, das Arbeitssubstrat zu stellen, nicht Genüge getan hat, ist doch auch der Arbeitnehmer nicht imstande und bereit, die ihm obliegende Arbeit zu leisten. Es entfällt der Lohnanspruch. Das würde schon nach den allgemeinen Bestimmungen über den Annahmeverzug der Fall sein, da ja unbedingte Voraussetzung des Annahmeverzugs die Möglichkeit der Leistung ist, vermag aber der Arbeitnehmer gar nicht in der vorgeschriebenen Weise tätig zu werden, so kann von einer Möglichkeit der ihm obliegenden Leistung nicht die Rede sein, ein Annahmeverzug wäre also schon nach den allgemeinen Bestimmungen ausgeschlossen. So weit bräuchte man zur Lösung des vorliegenden Problems überhaupt nicht von einer extensiven Auslegung des § 615 BGB zu reden. Wie wir gesehen haben, würden schon die §§ 615 und 616 BGB in vollem Maße genügen.

Es wurde gezeigt, daß jede Partei für die ihr obliegende, zur Herbeiführung des Arbeitserfolges nötige Mitwirkung nach den §§ 615, 616 und 323 BGB in vollem Maße einzustehen hat. Der Gedanke der Verantwortlichkeit selbst für Zufall ist dem Bürgerlichen Recht in keiner Weise fremd. So trägt schon nach der herrschenden Lehre im § 130 BGB der Adressat die Verantwortung dafür, daß eine an ihn gerichtete Nachricht diesem aus irgend einem Grunde unbekannt bleibt, obwohl sie in seinen Einwirkungsbereich gelangt ist. Der Adressat kann sich nicht darauf berufen, daß etwa durch Diebstahl der in seinen Briefkasten eingeworfenen Sendung es ihm unmöglich gemacht worden ist, von der an ihn gerichteten Nachricht Kenntnis zu erhalten und so für ihn drohende Rechtsnachteile abzuwenden [1]).

[1]) Vgl. Oertmann Das Recht 1922 Sp. 10.

So hat jemand nach § 276 BGB, wie jetzt allgemein anerkannt ist, für die Folgen unterdurchschnittlichen Wissens einzutreten, obwohl ihn unter Umständen kein Verschulden treffen kann.

Weiterhin bringt § 278 BGB den Gedanken der Verantwortlichkeit für eine bestimmte Rechtssphäre deutlich zum Ausdruck. Wer sich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gewisser Personen bedient, haftet für das Handeln dieser Person, wie für eigenes Handeln, obwohl auch ihn keine Schuld für das Tun oder Lassen dieser Personen zu treffen braucht. Allein deshalb, weil er sich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bestimmter Personen bedient, ist eine Haftung für dieselben ihm auferlegt. Nur soweit die Erfüllungsgehilfen, wie § 278 solche Personen nennt, sich einer unerlaubten Handlung schuldig machen, also außerhalb des Rahmens der ihrem Dienstherrn obliegenden Verpflichtung handeln, besteht keine Haftung desselben. § 831 BGB gestattet dem Dienstherrn bekanntlich den Gegenbeweis, daß ihn bei Anstellung und Beaufsichtigung des Gehilfen die nötige Sorgfalt geleitet habe.

Deutlicher kommt noch der Gedanke der Verantwortlichkeit für den eigenen Rechtskreis zum Ausdruck im § 833 BGB, der von der Haftung des Tierhalters handelt. Derjenige, welcher sich eines Tieres zur Erfüllung ihm obliegender Pflichten bedient, hat für alle Folgen einzutreten, die durch dessen Verhalten in der Außenwelt hervorgerufen werden, vorausgesetzt natürlich, daß das Tier nicht dem Einfluß eines Dritten gefolgt ist. § 833 Satz 2 BGB schränkt allerdings den Gedanken der Verantwortlichkeit für das Tun und Lassen des gehaltenen Tieres ein, durchbricht also den Gedanken der Verantwortlichkeit einer Person für die in ihren Rechtskreis fallenden Ereignisse.

Besonders markant kommt der Gedanke des Einstehens für den eigenen Rechtskreis in der Haftung des Gastwirtes nach § 701 BGB zum Ausdruck. Der Wirt haftet für die eingebrachten Sachen des Gastes bis zur höheren Gewalt. Der Wirt haftet aus dem Gesichtspunkt, daß hier eine spezifische Betriebsgefahr vorliegt, die dem einkehrenden Gast in der Wirtschaft durch den Zusammenstrom des unzusammenhängenden und unkontrollierbaren Publikums und Personals droht.

Auch außerhalb des BGB findet sich der Gedanke der Verantwortlichkeit einer Person für die in ihre Sphäre fallenden Ereignisse. So haftet die Eisenbahn nach § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes für alle Gefahren, die dem Reisenden durch die schnelle und mit gewaltiger Kraftentwicklung vor sich gehende Bewegung der Eisenbahn drohen. Für diese muß der Herr des Betriebs um so mehr einstehen, als ihm gerade die besondere gefährliche Eigen-

art desselben die Gelegenheit zu oft reichem Verdienst darbietet. Wo der innere Zusammenhang des Schadens mit den Betriebsgefahren nicht gegeben ist, entfällt naturgemäß die Verantwortlichkeit des Inhabers der Eisenbahn.

Der Gedanke der Verantwortlichkeit einer Person für die in ihren Rechtskreis fallenden Ereignisse kommt auch in anderen Rechtsnormen, insbesondere in den Bestimmungen, welche in der neuesten Zeit für den Kraft- und Luftfahrzeugbetrieb erlassen worden sind, zum Ausdruck, wenn auch der Gedanke nicht überall in starrer Folgerichtigkeit durchgeführt ist [1]).

Wie bereits ausgeführt, zeigt auch § 615 BGB den Gedanken der Verantwortlichkeit einer Person für die in ihren Rechtskreis fallenden Ereignisse. Der Arbeitgeber ist grundsätzlich für die ihm obliegende Stellung des Arbeitssubstrates verantwortlich, genau so wie der Arbeitnehmer dafür verantwortlich ist, daß seine Person zur Leistung der vertraglichen Arbeit imstande und bereit ist. Diese Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers erstreckt sich unter Umständen auch auf das Arbeitssubstrat, wenn dessen Stellung Sache des Arbeitnehmers ist. In diesem Falle sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Einzelpersonen einander gegenüber gestellt.

In der Gegenwart steht nicht ein einzelner Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gegenüber. Vertragsgegner des Arbeitgebers sind mehrere einzelne Arbeitnehmer, um die ein mehrfaches Band geschlungen ist. Die Arbeitnehmer sind Glieder einer Arbeitsgemeinschaft innerhalb eines Betriebes. Aber auch über die Grenzen des einzelnen Betriebes hinaus reicht die Gemeinschaft unter den Arbeitnehmern. Diese über den Betrieb hinausreichende Verbundenheit der Arbeitnehmer tritt in die Erscheinung bei dem Zusammenschluß zu Organisationen, deren bedeutenste die Gewerkschaften sind. Die Gewerkschaften waren ursprünglich stark politischer Natur. Ihre erste rechtliche Anerkennung haben sie im § 134 h der Reichsgewerbeordnung gefunden, weiterhin im Betriebsrätegesetz, durch welches diese Bestimmung aufgehoben worden ist, da sie infolge der Vorschriften dieses Gesetzes überflüssig geworden ist, und durch die Tarifvertragsverordnung vom 23. 12. 1918, welche im § 1 den Vereinigungen von Arbeitnehmern das Recht zuerkennt, mit einem Arbeitgeber oder einer Vereinigung von Arbeitgebern schriftliche Verträge abzu-

[1]) Vgl. Oertmann Das Recht 1922 Sp. 6—9, der allerdings nur von einer Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäftskreis spricht, und Ennecerus–Lehmann § 57 I 2, der den Geltungsbereich der Unmöglichkeitsregeln zugunsten des Annahmeverzugs soweit einengt, daß der Eintritt des Annahmeverzugs durch Annahme- und Mitwirkungshindernisse, die sich in der Sphäre des Gläubigers entwickeln, nicht ausgeschlossen wird, falls diese Hindernisse nicht generell unbehebbar sind.

schließen, in denen die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen aufgestellt sind. Wie bereits ausgeführt, findet die Tarifvertragsverordnung ihre verfassungsmäßige Grundlage im Art. 165 der Reichsverfassung, welcher die Organisationen der Arbeiter und Angestellten, die sich zum Zwecke einer einheitlichen Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen gebildet haben, ausdrücklich anerkennt. Der Tarifvertrag als eine Gesamtvereinbarung läßt eine abweichende Regelung durch Einzelvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nur insoweit wirksam sein, als sie im Tarifvertrag zugelassen ist, oder als sie eine Änderung der Arbeitsbedingungen zu Gunsten des Arbeitnehmers darstellt und im Tarifvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. Im Falle abweichender Parteiveranlagung tritt eo ipso an deren Stelle die entsprechende Bestimmung des Tarifvertrages.

Mit dem Abschluß des Arbeitsvertrages tritt also der einzelne Arbeitnehmer nicht nur in ein Vertragsverhältnis mit dem Arbeitgeber, sondern gleichzeitig in die Gemeinschaft derer ein, welche derselben Gesamtvereinbarung bezüglich des Inhalts ihres Arbeitsvertrages unterstehen, mögen auch die Ansichten derer, die so zu einer Gemeinschaft zusammengeschlossen sind, grundverschieden sein. Insofern besteht die namentlich vom Reichsgericht betonte Arbeitsgemeinschaft. Sie ist aber nur unter den Arbeitnehmern selbst vorhanden. Diese Gemeinschaft muß sich aber nicht auf alle in demselben Betriebe beschäftigten Arbeitnehmer erstrecken. Andererseits kann sie über den einzelnen Betrieb weit hinausgreifen. Die Belegschaft setzt sich unter Umständen aus Personen zusammen, welche den verschiedensten Verbänden angehören und demgemäß verschiedenen Tarifverträgen unterstehen können. Man denke allein an die Scheidung in Arbeiter und Angestellte, zu denen nach der Einteilung des § 1 Ziff. 1 des Angestelltenversicherungsgesetzes auch die Werkmeister gehören, also Personen, die meistens aus dem Arbeiterstande hervorgegangen sind, aber durchaus nicht als Angestellte einem Arbeitnehmerverbande angehören müssen, und demzufolge auch nicht einem von einem Arbeitnehmerverband abgeschlossenen Tarifvertrag zu unterstehen brauchen. Eine Haftung der Arbeiter für die Angestellten und umgekehrt ist deshalb grundsätzlich nicht anzuerkennen, da in der Regel die für ihre Arbeitsverträge maßgebenden Bestimmungen verschiedenen Tarifverträgen entnommen sind, welche von verschiedenen Verbänden abgeschlossen wurden. Nur soweit Arbeiter und Angestellte einheitlich gegen den Arbeitgeber vorgehen, sie sich also für solidarisch erklären, ist wegen dieser damit zum Ausdruck gebrachten Verbundenheit eine Haftung der einen für die anderen anzunehmen.

Durch das Betriebsrätegesetz könnte man verleitet werden zu sagen, daß auf Grund der Betriebszugehörigkeit ohne Rücksicht auf Tarif- und Verbandszugehörigkeit sämtliche Angehörigen des Betriebes verpflichtet wären, auf die den Betriebszwecken entgegenhandelnden Arbeitnehmer einen Druck auszuüben, so daß im Falle einer auf Kampfmaßnahmen eines Teils der Belegschaft beruhenden Betriebsstockung diese vermieden wird. Man wird zwar den Arbeitnehmern, welche einem anderen Verbande angehören als diejenigen, welche die Kampfmaßnahmen gegen den Arbeitgeber ergriffen haben, zumuten dürfen, auf die im Kampfe befindlichen in beschwichtigendem Sinne einzuwirken, und bei einem Unterlassen ein Einverständnis zwischen den Angehörigen des Betriebes annehmen dürfen. Man wird es aber bei einem derartigen Versuch bewenden lassen müssen, da zwar eine Betriebsverbundenheit, aber keine Solidarität zwischen den verschiedenen Gruppen besteht, welche, verschiedenen Tarifverträgen unterstehend, verschiedenen Verbänden angehören.

Es kann also die Verbundenheit unter den Arbeitnehmern sich auf einen ganzen Betrieb oder nur auf einen Teil der Belegschaft erstrecken. Andererseits kann sie aber auch über die Grenzen des Einzelbetriebes weit hinausragen.

Eine Anzahl von Schriftstellern lehnt hier ohne weiteres eine Gemeinschaft ab [1]). Es ist jedoch zu bedenken, daß von Verbänden der Arbeitnehmer nicht für jeden Einzelbetrieb ein Tarifvertrag abgeschlossen wird, sondern die Tarifverträge gelten in der Regel für ganze Landstriche, unter Umständen für das ganze Deutsche Reich. Ergreift nun die Organisation als solche eine gegen den Arbeitgeber gerichtete Maßnahme, welche eine Betriebsstockung in all den Betrieben zur Folge hat, in welchen Angehörige desselben Verbandes, also gewöhnlich demselben Tarifvertrag unterstehende, beschäftigt sind, so sind auf Grund des gemeinsamen Verbandes alle Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf den entgegengesetzten Willen eines Einzelnen einheitlich zu behandeln. Werden nun durch das Handeln eines Verbandes auch Angehörige eines anderen Verbandes zur Arbeitsniederlegung veranlaßt, so sind diese grundsätzlich nicht mit den Angehörigen des Verbandes, welcher planmäßig die Betriebsstockung herbeigeführt hat, zu identifizieren, da sie eben verschiedenen Verbänden, also verschiedenen Gemeinschaften, die auf Solidarität beruhen, angehören. Besteht jedoch eine den beiden Verbänden übergeordnete Spitzenorganisation, welche kraft Satzung oder Übung die Pflicht hat, Maßnahmen

[1]) So Oertmann NZfAR 1922 Sp. 466, Höniger JW 1922 S. 1706, Simson S. 36.

eines ihr angeschlossenen Verbandes, die sich in vertragswidriger Absicht gegen den Arbeitgeber richten, zu verhüten, unterläßt sie aber dahin zielende Schritte, so muß auch den Angehörigen des Verbandes, von welchem die gegen den Arbeitnehmer gerichtete Maßnahme nicht ihren Ausgang genommen hat, dieselbe rechtliche Behandlung zuteil werden. Jnsoweit besteht zwischen den Verbänden infolge ihres Zusammenschlußes zu einem Spitzenverband Solidarität und hat deshalb der eine Verband für das Tun und Lassen des anderen Verbandes einzustehen. Gehören nun die beteiligten Verbände verschiedenen Ländern an, haben sie aber eine einheitliche Spitzenorganisation, für welche eine Pflicht, Wirtschaftskämpfe zu verhindern, besteht, so ist kein Grund ersichtlich, warum vor den Landesgrenzen Halt gemacht werden soll [1]). Auch hier verbindet der Gedanke der Solidarität die Arbeitnehmer der verschiedenen Länder [2]).

Mit diesen Ausführungen ist nun allerdings der Rahmen des Dienstvertrages des § 611 ff. BGB gesprengt. Es stehen sich im Arbeitsvertrag nicht bloß 2 Einzelpersonen als Dienstberechtigter und Dienstverpflichteter einander gegenüber, sondern dem einzelnen Arbeitgeber tritt eine Mehrheit von Arbeitnehmern gegenüber, die eine Einheit durch das Band der Solidarität bilden, welche bald sämtliche Arbeitnehmer innerhalb eines Betriebes, bald nur einen Teil derselben umfaßt, bald weit über den Einzelbetrieb hinausreicht. Ergreifen nun die durch Gemeinschaftlichkeit der Interessen, also durch Solidarität verbundenen Arbeitnehmer Kampfmaßnahmen gegen den Arbeitgeber, so haben alle diejenigen, welche der durch die Solidarität gebildeten Gemeinschaft, sei es innerhalb oder außerhalb eines Betriebes, angehören, die Rechtsfolgen auf sich zu nehmen, welche diese Einheit als solche ohne Rücksicht auf die einzelnen Glieder treffen. Würde also eine Betriebsstockung durch Maßnahmen der durch die Solidarität geeinten Arbeitnehmer verursacht, so ist all denen, welche auf Grund der Solidarität eine Einheit bilden, ein Lohnanspruch zu versagen. Ein derartiges Handeln stammt aus der Sphäre der durch die Solidarität geeinten Arbeitnehmer. Ein solches Ereignis fällt also in den Rechtskreis der Arbeitnehmer. Sie haben darum auch die aus diesem gemeinsamen Handeln für sie entstehenden Rechtsnachteile auf sich zu nehmen. Handeln nun einzelne Arbeitnehmer gegen die durch Solidarität begründete Einheit, indem sie sich bei von den solidarisch geeinigten Arbeitnehmern gegen den Arbeitgeber ergriffenen Kampfmaßnahmen für arbeitsbereit erklären, so ist ihnen um der mit den im Kampfe befindlichen Arbeitnehmern bestehenden Solidari-

[1]) So Potthoff AR 1923 Sp. 681.
[2]) Ebenso Harmsen S. 89, Titze JW 1922 S. 550.

tät willen ein Lohnanspruch zu versagen, obwohl letztere arbeitsbereit sind, da wegen der mit den übrigen Arbeitnehmern bestehenden Solidarität die Betriebsstockung in ihrer Sphäre ihren Urgrund hat.

Damit ist man über die Verteilung des Risikos, wie sie in der geschichtlichen Entwicklung, besonders ausgeprägt in Österreich, zu erkennen war, hinausgekommen. Den Anlaß hierzu hat das Emporkommen der Industrie mit ihrem Zusammenschluß einer großen Zahl Menschen zur Verwirklichung eines einheitlichen Arbeitserfolges mit sich gebracht. Seit dem Inkrafttreten des BGB tritt diese Erscheinung besonders in den Vordergrund. Trotzdem wurde an der Grundnatur des Arbeitsvertrages als eines schuldrechtlichen Verhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nichts geändert. Es war darum von den schuldrechtlichen Bestimmungen des BGB und zwar des Dienstvertrages auszugehen. Hier erkannte man bereits, daß die §§ 615 und 616 BGB, dieser als Ausnahmevorschrift von § 323 BGB betrachtet, eine Scheidung des Zufalls enthalten dermaßen, daß jede Partei die ihre Person treffenden Ereignisse dem Vertragsgegner gegenüber zu vertreten hat. Es ist jedoch der Gedanke der Einheit der Arbeitnehmer untereinander in den Arbeitsvertrag eingedrungen und hat auch in den Art. 159 und 165 Abs. 1 der Reichsverfassung, sowie im Betriebsrätegesetz und in der Tarifvertragsverordnung seine rechtliche Anerkennung gefunden. Tatsächlich ist die Gemeinschaft der Arbeitnehmer innerhalb gewisser Grenzen verwirklicht. Hier versagen die Vorschriften des BGB, dem eine auf Solidarität beruhende Gemeinschaft, wie sie unter den Arbeitnehmern besteht, unbekannt ist. Es muß jedoch die Entwicklung der neuesten Zeit, welche vor allem den Gemeinschaftsgedanken unter den Arbeitnehmern geschaffen hat, auch ihre Anerkennung im Rechte finden. Der Gedanke, welcher die Einheit und Vielheit im modernen Arbeitsvertrag in gleicher Weise umfaßt, und welcher auch bereits im geltenden Recht Anerkennung gefunden hat, ist derjenige der Verantwortlichkeit einer Partei für die in ihren Rechtskreis fallenden Ereignisse. Er findet seinen Ausdruck besonders im § 615 BGB, welcher grundsätzlich das Risiko im Arbeitsvertrag dem Arbeitgeber auferlegt, und ebenso im Gedanken der Solidarität, nach welchem die Arbeitnehmer auf Grund der zwischen ihnen bestehenden auf Solidarität beruhenden Gemeinschaft für all die Ereignisse haften, welche sie durch Handeln in Gemeinschaft verursacht haben.

§ 9.

Typische Einzelgruppen.

Auf Grund der vorausgehenden Ausführungen ist in allen Fällen, in denen die Betriebsstockung auf Naturereignisse zurückzuführen ist, die zur Vernichtung des Betriebes führen, ein Lohnanspruch des Arbeitnehmers gegeben. Hier wird das Substrat vernichtet, dessen Stellung dem Arbeitgeber obliegt. Bei richtiger sinngemäßer Auslegung des § 615 BGB, nach welcher dieser den Gedanken der Verantwortlichkeit einer Person für ihren eigenen Rechtskreis zum Ausdruck bringt, liegt hier ein Ereignis vor, das in die Sphäre des Arbeitgebers fällt; denn dieser hat das Arbeitssubstrat aus seinem Vermögen zu beschaffen, er ist der Eigentümer desselben und hat infolgedessen bei seinem Untergang für alle daraus entstehenden Rechtsfolgen einzustehen. Da der Arbeitgeber nicht mehr imstande ist, die Arbeitsleistung anzunehmen, so steht dem Arbeitnehmer ein Lohnanspruch im Rahmen des § 615 BGB zu.

Eine andere Frage ist es, ob dem Arbeitgeber gemäß den §§ 626 BGB, 70 HGB ein Recht zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrages zusteht. Allerdings sollen die §§ 626 BGB und 70 HGB die dem Arbeitnehmer aus § 615 BGB zustehenden Rechte nicht beeinträchtigen. Grundsätzlich liegt deshalb bei Vernichtung der Arbeitssubstrate infolge eines Naturereignisses kein Grund zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber vor. Über das Verhältnis der §§ 626 BGB und 70 HGB zu § 615 BGB sind im Gesetz keine Anhaltspunkte gegeben. Die Entscheidung darüber, wann ein wichtiger Grund vorliegt, unterliegt dem freien richterlichen Ermessen. Es ist allgemein anerkannt, daß außer Gründen in der Person des Dienstverpflichteten oder des Dienstberechtigten auch rein objektive Gründe den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung berechtigen [1]). Ein wichtiger Grund ist wohl immer dann anzunehmen, dem Arbeitgeber also ein Recht zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrages einzuräumen, wenn das Unterbleiben der Gläubigermitwirkungshandlung, hier der Stellung des Arbeitssubstrates, auf allgemeinen Hindernissen beruht, welche nicht bloß den einzelnen Betrieb, sondern eine Mehrheit von Betrieben vernichten, so daß ein ganzer Landstrich von Ereignissen der genannten Art betroffen wird, mit anderen Worten, wenn der Betrieb durch Ereignisse zerstört wird, die Oertmann und Titze unter dem Namen „generelles Betriebsrisiko“ zusammenfassen. M. E. ist im Falle des sog. generellen Betriebsrisikos ebenso, wie wenn nur ein

[1]) S. die Kommentare zu § 626 BGB und § 70 HGB, insbesondere Staudinger § 626 BGB Anm. III.

einzelner Betrieb durch ein Naturereignis vernichtet wird, § 615 BGB gegeben. Die Stellung des Fabrikgebäudes, der Maschinen oder Werkzeuge ist auch hier eine dem Arbeitgeber obliegende Mitwirkungshandlung, deren Unterbleiben die Rechtssphäre des Arbeitgebers allein berührt, während der Arbeitnehmer auch hier vollkommen ohne jeden Einfluß auf die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers ist. Mangels einer besonderen gesetzlichen Bestimmung ist darum keine Ausnahme von dem Grundsatze des § 615 BGB möglich. Nur das mit der Lehre Titzes und Oertmanns im Erfolg, wenn auch nicht in seinen Voraussetzungen gleiche Mittel der fristlosen Kündigung dürfte wohl dem Arbeitgeber in einem solchen Falle einzuräumen sein. Man mag nun das Eingreifen des Kündigungsrechtes aus wichtigem Grunde einen „Lockerungs- oder Verweichlichungsfaktor“ [1]) nennen. Nach dem heute für die Beantwortung der Frage als gesetzliche Unterlage in Betracht kommenden BGB kann man das Recht zur fristlosen Kündigung nicht entbehren, will man nicht dem Arbeitgeber eine zu große Belastung auferlegen. Selbst wenn man einwenden wollte, der Arbeitgeber habe ja verschiedene Handhaben, das Risiko zu mildern oder auszuschalten, indem er etwa durch ausdrückliche Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer im Tarifvertrag oder im Einzelarbeitsvertrag das Risiko überhaupt ablehnt oder indem er gegenüber seiner Kundschaft sich durch entsprechende Lieferungsbedingungen oder durch etwaige Versicherungen gegen Materialschaden, Arbeitsausfall und dergleichen sichert [2]). Gegenüber diesen Einwänden ist jedoch zu bedenken, daß derartige Versicherungen und dergleichen, die einen Lohn für nicht geleistete Arbeit decken sollen, das Unternehmen allzusehr belasten würden, eine Versicherung gegen Materialschaden allein schon hohe Summen erfordert. Hinzu kommt noch, daß es ja Aufgabe des Gesetzes ist, dann einzugreifen, wenn keine oder ungültige Parteivereinbarungen vorhanden sind. Soll nun in diesem Fall der Arbeitgeber den Schaden an Materialverlust, Arbeits- und Verdienstausfall usw. erleiden und obendrein auch für nicht geleistete Arbeit den Lohn zahlen? Dem Arbeitgeber in Zeiten des allgemeinen Stillstandes außer dem Verlust an Material, Arbeit und Verdienst auch noch die Lohnzahlung aufzubürden, geht wohl über das Maß des Zulässigen hinaus. Man wird dem Arbeitgeber mangels einer besonderen gesetzlichen Vorschrift ein Recht zur sofortigen Kündigung des Arbeitsvertrages zugestehen müssen [3]).

---

[1]) Hedemann S. 31.
[2]) S. Bendix AR 1928 Sp. 375 ff.
[3]) A. A. dem Anschein nach Harmsen S. 90 und Potthoff JW 1922 S. 553.

Wird aber durch ein Naturereignis auch dem Arbeitnehmer die Möglichkeit genommen, seine Arbeitsleistung dem Arbeitgeber anzubieten, ist er nicht imstande, überhaupt an der Arbeitsstätte zu erscheinen, so wirkt dieses Naturereignis in gleicher Weise auf die Verpflichtung des Arbeitnehmers, sich zur Arbeitsstätte zu begeben, ein, ebenso wie es dem Arbeitgeber unmöglich macht, das Arbeitssubstrat zu stellen. Es liegen gleichzeitig die Fälle des § 615 BGB und des § 616 BGB vor. Das Naturereignis trifft ebenso die Sphäre des Arbeitgebers wie den Rechtskreis des Arbeitnehmers. Grundsätzlich ist aber nach den Vorschriften des BGB ein Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung nur dann anerkannt, wenn er zumindest zur Leistung imstande und bereit ist. Es darf kein Hindernis in seiner Sphäre vorliegen, will er irgend einen Anspruch aus dem Arbeitsvertrag gegen den Arbeitgeber geltend machen. Kann nun der Arbeitnehmer infolge des Naturereignisses nicht an der Arbeitsstätte erscheinen, so liegt ein Grund in seiner Person, auf seiner Seite, oder allgemeiner gesprochen, in seinem Rechtskreise vor, auf Grund dessen ihm ein Lohnanspruch nur für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit gemäß § 616 BGB zuerkannt werden darf [1]).

Die Fälle, in denen die Betriebsstockung auf ein technisches Versagen zurückzuführen ist, kann man in zwei Gruppen teilen, in solche, in denen der Betrieb unmittelbar, und in solche, in denen der Betrieb nur mittelbar berührt wird. Zu den ersteren sind alle die Fälle zu zählen, in denen die Betriebsstockung durch einen Mangel an den nötigen Arbeitsunterlagen, ausgenommen die völlige Vernichtung des Betriebes, herbeigeführt ist. Es fehlen z. B. die nötigen Maschinen, Kohlen oder sonstiges Heiz- oder Brennmaterial. Die Lieferung derselben stellt, so weit sie nicht der Arbeitnehmer selbst zu beschaffen hat, ebenfalls eine Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers dar. Er hat darum für deren Bereitstellung einzustehen, ein Nichtvorhandensein derselben fällt in den Rechtskreis, für den er allein verantwortlich ist. Hier ist wiederum § 615 BGB gegeben. Der Arbeitnehmer hat deshalb in den durch § 615 BGB gezogenen Grenzen gegen den Arbeitgeber einen Lohnanspruch.

Bezüglich der Zulässigkeit einer sofortigen Kündigung des Arbeitsvertrages gemäß den §§ 626 BGB und 70 HGB gilt das oben bereits Ausgeführte. Eine nähere Erörterung erscheint demnach überflüssig. Würde also z. B. der Rohstoffmangel nicht nur einen einzelnen Betrieb sondern die Betriebe eines ganzen Landstriches treffen, so wäre auch hier eine sofortige Kündigung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber zulässig.

[1]) Ebenso Hueck—Nipperdey S. 197.

Jn der neuesten Zeit sind besonders auch die Fälle hervorgetreten, in denen eine Betriebsstockung durch die politischen Verhältnisse hervorgerufen wurde. Es wird etwa in dem Lande, in dem der Betrieb liegt, Krieg geführt oder es macht eine feindliche Besetzung (man denke an den Ruhreinbruch) die Fortführung des Betriebes unmöglich. M. E. ist ein derartiges Risiko von beiden Parteien gleichmäßig zu tragen. Rein äußerlich betrachtet, ist auch hier nur der Arbeitgeber, z. B. infolge der feindlichen Besetzung, nicht in der Lage, die Weiterführung des Betriebes aufrecht zu erhalten. Die Rohstoffe und Materialien fehlen ihm, indem etwa durch eine feindliche Sperre die Einfuhr für Private untersagt ist. Man kann hier nicht sagen, daß durch eine derartige politische Maßnahme allein der Rechtskreis des Arbeitgebers getroffen wird. In den meisten Fällen wird auch der Arbeitnehmer gar nicht in der Lage sein, seine Arbeitsleistung ordnungsgemäß anzubieten, indem er sich nicht an die Arbeitsstätte zu begeben vermag. Aber auch dann, wenn der Arbeitnehmer für seine Person imstande und bereit ist, die ihm obliegende Arbeit zu leisten, kann man nicht den Arbeitgeber allein mit dem Betriebsrisiko belasten. Ein auf politischen Verhältnissen beruhendes Ereignis, das zur Stilllegung des Betriebes führt, berührt sämtliche Volksgenossen des betroffenen Gebietes. Es ist deshalb unmöglich zu sagen, daß dieses Ereignis allein in den Rechtskreis des Arbeitgebers fällt. Was alle Personen eines Landes oder Landstriches zu tragen haben, kann nicht mehr eine besondere Verantwortlichkeit eines einzelnen dem gegenüber begründen, der selbst an diesem Ereignis infolge der hier bestehenden Volks- und Schicksalsgemeinschaft mitzutragen hat. Ein Lohnanspruch nach § 616 BGB entfällt, da der soziale Gesichtspunkt hier ohne Sinn ist. Dem Arbeitnehmer steht also in Fällen, in denen die Betriebsstockung auf politische Verhältnisse zurückzuführen ist, kein Lohnanspruch gegen den Arbeitgeber zu.

Eine weitere große Gruppe umfaßt die Betriebsstokkungen, welche durch Kampfmaßnahmen der Parteien veranlaßt sind. Die hauptsächlichsten Erscheinungsformen sind der Streik von Arbeitnehmern und die vom Arbeitgeber verhängte Aussperrung. An sich sind beide zulässig, weil sie eine Betätigung der staatsbürgerlichen Freiheit enthalten. Sie sind aber nicht verfassungsmäßig garantiert, da sie nicht zu den in der Reichsverfassung benannten staatsbürgerlichen Freiheiten gehören, insbesondere nicht unter die in Art. 159 der Reichsverfassung garantierte Koalitionsfreiheit fallen. Handelt es sich um einen Streik von Arbeitnehmern, so ist den Angehörigen desselben Betriebes ein Lohnanspruch zu versagen, wenn sie mit den Streikenden eine organische auf Solidarität be-

ruhende Einheit bilden. Die Arbeitswilligen sind in den Augen der Streikenden Streikbrecher, verdienen also auch nach der in Arbeitnehmerkreisen herrschenden Ansicht keinen Lohn. Wie bereits ausgeführt, zeigt sich hier die unter der Arbeitnehmerschaft bestehende Solidarität. Ein Lohnanspruch ist aber nur dann zu versagen. wenn die Arbeitswilligen und die Streikenden in demselben Verbande zusammengeschlossen sind. Gehören die Streikenden und die Arbeitswilligen verschiedenen Verbänden an, so kann nicht von einer Gemeinschaft unter ihnen gesprochen werden. Die Arbeitswilligen haben also trotz Streiks in dem Betriebe, welchem sie selbst angehören, einen Lohnanspruch gegen den Arbeitgeber. Diese Entscheidung stellt in der Regel, rein wirtschaftlich betrachtet, keine Härte gegen den Arbeitgeber dar, da sich die Verschiedenheit der Verbände, denen die Arbeitswilligen und Streikenden angehören, gewöhnlich auch in einer ganz verschiedenen Tätigkeit der beiden Arbeitnehmergruppen zeigt. Streikt z. B. die Arbeiterschaft eines Unternehmens, so ist die Fortführung der Kontore für kurze Zeit, mindestens bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, ohne weiteres möglich, die Angestellten sind also unabhängig von der Arbeiterschaft in der Lage, die ihnen obliegende Arbeitsleistung zu verrichten. Anders liegt freilich der Tatbestand, wenn die Werkmeister, die als Angestellte einer anderen politischen Gruppe als die Arbeiter angehören aber trotzdem derselben Tarifgemeinschaft, also bezüglich der Arbeitsbedingungen demselben Verband zugezählt werden müssen. Hier haben die Werkmeister trotz ihrer im Einzelfalle erklärten und, wie man annehmen darf, auch ernstlich gemeinten Arbeitsbereitschaft wegen ihres Unterstehens unter denselben Verband keinen Lohnanspruch gegen den Arbeitgeber, da sie ja infolge Zugehörigkeit zum Verband, der die Arbeitsbedingungen der Arbeiter und Werkmeister einheitlich geregelt hat, mit den streikenden Arbeitern solidarisch sind.

Handelt es sich um einen betriebsfremden Streik, so ist den Arbeitswilligen des nichtbestreikten Betriebes grundsätzlich ein Lohnanspruch zuzuerkennen. Kann infolge eines Streiks der Bergarbeiter der Arbeitgeber keine Kohlen zur Bereitstellung des Arbeitssubstrates erhalten, so hat er also den Arbeitswilligen den Lohn für die Arbeitsverhinderung zu zahlen, da das Nichtfunktionieren des Arbeitssubstrates von dem Arbeitgeber als dem Eigentümer desselben zu vertreten ist und die Nichtstellung auch nicht durch ein Handeln der solidarisch verbundenen Arbeitnehmer verursacht worden ist. Nur wenn zwischen den Streikenden eines fremden Betriebes und den Arbeitswilligen eines ursprünglich nicht gestörten Betriebes eine auf Solidarität beruhende Gemeinschaft besteht, ist den

Arbeitswilligen um dieser Gemeinschaft willen kein Lohnanspruch zuzuerkennen. Im gegebenen Fall kann der Lohnausfall für die Arbeitswilligen nur durch die Zugehörigkeit zu demselben Verbande, dem auch die Streikenden angehören, begründet werden. Vorausgesetzt ist natürlich auch hier, daß der Verband überhaupt geeignet ist, auf das Arbeitsvertragsverhältnis seiner Glieder einzuwirken. Die Zusammengehörigkeit der Arbeitnehmer verschiedener Betriebe zu einem einheitlichen Verbande wird sich in der Regel auch in dem Bestehen einer Tarifgemeinschaft äußern. Gehören die Streikenden und die Arbeitswilligen verschiedenen Verbänden an, so ist nach den obigen Ausführungen eine auf Solidarität beruhende Gemeinschaft zwischen den Angehörigen der beiden Betriebe nur dann anzunehmen, wenn sie demselben Spitzenverband unterstehen, dessen satzungs- oder übungsmäßige Aufgabe es ist, was ja nicht immer der Fall zu sein braucht, auf die Kampfmaßnahmen der einzelnen Verbände einzuwirken. Ist dies im einzelnen Fall seine Pflicht, hat er dieser aber nicht Genüge getan, dann ist ein Lohnanspruch der Arbeitswilligen zu verneinen.

Nach diesen Ausführungen kann auch der Fall eintreten, daß in einem Betrieb ein Teil der Belegschaft, etwa die Arbeiter, in den Streik tritt, die Angestellten dagegen weiterhin arbeitsbereit sind. Eine auf Solidarität beruhende Gemeinschaft soll nicht zwischen ihnen bestehen. Die Angestellten hätten demnach, obwohl sie demselben Unternehmen angehören, einen Anspruch auf Lohn. Es soll weiterhin angenommen werden, daß die Arbeiter gemeinsame Sache mit den Arbeitern eines anderen Betriebes machen, welche aber demselben Verbande angehören. Dann ist für die Arbeiter, die einem anderen als dem ursprünglich bestreikten Betrieb angehören, kein Lohnanspruch gegeben, während die Angestellten des ursprünglichen Betriebes, obwohl sie demselben Betrieb angehören, dessen Arbeiter den Streik hervorgerufen haben, einen Lohnanspruch haben. In diesem Beispiel zeigt sich die Unhaltbarkeit der Ansicht des Reichsgerichts, daß sämtlichen Angehörigen eines Betriebes um der bestehenden Betriebsgemeinschaft willen ein Lohn zu versagen ist, wenn ein Teil der Betriebsangehörigen in den Streik tritt. Die Lehre des Reichsgerichts ist nach diesem Beispiel einerseits viel zu eng, da hier nur eine Verbundenheit zwischen den Angehörigen desselben Betriebes angenommen wird, andererseits aber auch zu weit, da ja trotz Streiks eines Teils der Belegschaft für einen anderen Teil ein Lohnanspruch anzunehmen ist, da zwischen den Streikenden und Arbeitswilligen keine auf Solidarität beruhende Gemeinschaft besteht.

Ein Recht des Arbeitgebers gegenüber den arbeits-

willigen Arbeitnehmern auf sofortige Kündigung des Arbeitsverhältnisses kommt hier nicht in Frage in den Fällen, in denen auf Grund der Solidarität der Arbeitswilligen mit den Streikenden kein Lohnanspruch derselben besteht, da ja der Arbeitgeber an einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitsvertrages, nachdem seine Lohnzahlungspflicht bereits weggefallen ist, nicht das geringste Interesse hat. Kann aber der Arbeitgeber denjenigen Arbeitswilligen fristlos kündigen, die mit den Streikenden nicht solidarisch verbunden sind? Wollte man in einem solchen Fall grundsätzlich das Recht des Arbeitgebers zur sofortigen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Arbeitswilligen ausschließen, so würde man unter Umständen nicht allein die Interessen des Arbeitgebers sondern auch die Belange der Arbeitnehmer schädigen. Würde man im Einzelfall unter allen Umständen dem Arbeitgeber die Lohnzahlungspflicht auferlegen, so könnte diese seinen völligen Ruin im Gefolge haben, da der Arbeitgeber nicht allein den Verlust an Einnahmen, den Arbeits- und Materialausfall zu tragen, sondern auch trotz Nichtleistung von Arbeit einen Lohn zu zahlen hätte. In einem solchen Fall würde auch den Arbeitnehmern für die Zukunft die Arbeitsstätte völlig entzogen werden. Es könnte im Einzelfall für sie günstiger sein, eine kurze Zeitspanne keinen Lohn zu erhalten, aber dann wieder ordnungsgemäß beschäftigt zu werden, als zwar für den Fall der Betriebsstockung Lohn zu erhalten, dann aber vom Arbeitgeber wegen Vermögenszusammenbruchs entlassen werden zu müssen und so ohne jeden Verdienst zu sein.

In dem Fall, daß auf Grund der unter den Arbeitnehmern bestehenden Solidarität bei einem Teilstreik ein Lohnanspruch der Arbeitswilligen zu verneinen ist, entspricht die von uns gefundene Lösung auch praktischen und rechtspolitischen Erwägungen, die ursprünglich überhaupt den Anstoß zu einer Verneinung des Lohnanspruchs der Arbeitswilligen gegeben haben. Bei Streiks würden die Arbeitnehmer nur einzelne für den Betrieb unentbehrliche Arbeitnehmer gegen Zahlung von Streikgeldern feiern lassen, während sie selbst wegen ihrer Arbeitsbereitschaft bei Annahme des § 615 BGB den vollen Lohn erhielten. Die Streiks wären für den Arbeitgeber stets von vornherein verloren und die Arbeitnehmer könnten wenigstens bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist auf Kosten des Arbeitgebers streiken [1]). Es bestünde die Gefahr, daß der Arbeitgeber die auf gemeinsamem Plane beruhenden, aber in ihrem Zusammenhang meist nicht nachweisbaren, aufeinanderfolgenden Teilstreiks aus seiner Tasche zu finanzieren hätte [2]). Die Arbeiterschaft kann sich nicht

[1]) So auch Hueck-Nipperdey S. 199.
[2]) Ebeno Oertmannn Arbeitsvertrag S. 171.

dagegen sträuben, wenn sich hier der Gedanke der Solidarität, dem sie ihre wirtschaftliche und politische Machtstellung der Gegenwart verdankt, auch einmal gegen sie wendet. Im übrigen nehmen ja die Arbeitnehmer, welche sich im Streik befinden, auf die Arbeitswilligen am allerwenigsten zarte Rücksicht. Es mutet sonderbar an, wenn man zwar gegen seinesgleichen schonungslos vorgehen zu dürfen glaubt, von einem Dritten aber, gegen den sich die ergriffene Maßnahme wendet, Rücksicht für die verlangt, gegen die man selbst rücksichtlos ist [1]).

§ 10.

Ausschluß der Lohnzahlungspflicht durch Parteivereinbarung.

Es wird die Ansicht vertreten, daß § 615 BGB, den wir als den Schwerpunkt der Risikoverteilung zu Lasten des Arbeitgebers erkannt haben, durch Parteivereinbarung nicht ausgeschlossen werden könne [2]). Eine stichhaltige Begründung ist hiefür nicht erbracht. Daß § 615 BGB keine Vorschrift zwingenden Rechts ist, daß vielmehr für ihn die allgemeinen Grundsätze der Vertragsfreiheit maßgebend sind, geht aus folgenden Erwägungen hervor:

§ 615 BGB ist seinem Wesen nach schuldrechtlicher Natur. Mangels besonderer gesetzlicher Vorschrift ist er deshalb nicht zwingenden Rechtes [3]). Auch nicht aus der Ausnahmenatur gegenüber § 614 BGB, die darin besteht, daß er trotz Nichtleistung von Arbeit dem Arbeitnehmer einen Lohnanspruch zuerkennt, ist zu folgern, daß eine abweichende Parteivereinbarung unzulässig ist. § 615 BGB legt dem Arbeitgeber deshalb das Betriebsrisiko auf, weil bei Nichtstellung des Arbeitssubstrates eine in die Sphäre des Arbeitgebers fallende Mitwirkungshandlung zur Herbeiführung des Arbeitserfolges unmöglich wird. Auch deshalb ist § 615 BGB dispositiver Natur, weil er nicht in dem § 619 BGB, welcher nur die §§ 617 und 618 BGB erwähnt, für zwingend erklärt worden ist und ein Redaktionsversehen bei Abfassung des BGB nicht angenommen werden kann.

---

[1]) Ebenso Oertmann Arbeitsvertrag S. 171.
[2]) So u. a. Potthoff JW 1922 S. 454.
[3]) Ebenso die herrschende Ansicht vgl. Staudinger § 615 Anm. VI 1 Planck § 615 Anm. 2; Oertmann § 615 Anm. 8; RGRK § 615; Hueck—Nipperdey S. 188; a. A. Lotmar Bd. 2 S. 314/15 wegen Satz 1, anders für Satz 2 von § 615; Kaskel S. 129, der Satz 1 des § 615 darum für zwingend erklärt, weil andernfalls die teilweise zwingenden Vorschriften über die Kündigungsgründe umgangen werden könnten, wie hier die überwiegende Anschauung in der Praxis; vgl. u. a. RAGE Bd. 2 S. 305/6 und Bensh. Samml. Bd. 4 S. 149 ff.

Eine andere Frage freilich ist es, ob es sich nicht empfehlen dürfte, den rein dispositiven Charakter des § 615 BGB zu Gunsten einer sogenannten relativ zwingenden Norm auszugestalten, d. h. eine abweichende Vereinbarung von der gesetzlichen Bestimmung zwar nicht durch Einzelarbeitsvertrag, wohl aber durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung für zulässig zu halten. Eine absolute Abdingbarkeit festzulegen, dürfte nicht empfehlenswert sein [1]). Sie würde vermutlich dazu führen, daß der Arbeitgeber einen Ausweg in der Vereinbarung ganz kurzer Kündigungsfristen wählte, um sich so der Pflicht zur Fortzahlung des Entgeltes durch ordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages möglichst rasch zu entziehen. Allerdings muß berücksichtigt werden, daß nicht nur auf gewerbliche und kaufmännische Arbeitnehmer, sondern auch für alle Arten von Berufen, die zu den Arbeitnehmern gezählt werden, die Norm des § 615 BGB Anwendung zu finden hat. Es sind Fälle denkbar, in denen ein Tarifvertrag schon wegen Fehlens einer Arbeitnehmervereinigung überhaupt nicht existiert. Es kommen ferner immer wieder Zeiten eines tariflosen Zustandes vor. Es kann dann leicht möglich sein, daß eine zwingende Ausgestaltung des im § 615 BGB enthaltenen Gedankens der Risikoverteilung den Verhältnissen nicht gerecht wird. Es ist darum dem § 76 des Arbeitsvertragsgesetzentwurfes nicht unter allen Umständen beizustimmen. Es läßt sich aber nicht verkennen, daß eine Vorschrift wie sie der § 615 BGB und der ihm entsprechende § 76 des Arbr. Vert. Ges. Entw. darstellt, bei rein dispositivem Charakter gerade denen nicht zugute kommt, um derenwillen er relativ zwingend gestaltet worden ist, indem bei einem Übergewicht des Arbeitgebers dieser stets zu seinen Gunsten die Norm durch Vertrag mit den Arbeitnehmern ausschließen wird [2]).

Der Streit, der um die Rechtsnatur des § 615 BGB geht, spielt auch bei § 616 BGB, den wir als Gegenpol zu § 615 BGB kennen gelernt haben, eine Rolle. § 616 BGB spricht von einer Nichtleistung der Arbeit aus einem in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grunde, und erkennt diesem aus sozialen Rücksichten trotz Nichtleistung von Arbeit für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit einen Lohnanspruch zu. Trotz der im § 616 BGB zum Ausdruck gekommenen Rücksicht auf den Arbeitnehmer als

[1]) So Harmsen S. 95, der die Unabdingbarkeit zwar aus dem Wesen des Arbeitsvertrages folgert, aber die Regelung durch eine relativ zwingende Norm für glücklich hält.

[2]) Hueck-Molitor-Riezler S. 158/159, wo Hueck einen Mittelweg vorschlägt, den nämlich, daß im Fall einer Betriebsstockung in ganz besonderen Fällen trotz der Risikofrage für den Arbeitgeber diesem ein außerordentliches Kündigungsrecht eingeräumt werden soll, um unnötige Härten ihm gegenüber zu vermeiden, gleichzeitig aber der relativ zwingenden Natur des § 76 des Entw. festzuhalten sei.

die sozial schwächere Partei des Arbeitsvertrages hat auch er rein dispositiven Charakter. Ebenso wie für § 615 BGB fehlt auch für ihn eine besondere ihn für zwingend erklärende Rechtsnorm. Auch er ist im § 619 BGB neben dem § 617 und dem § 618 BGB nicht erwähnt.

Der dem § 616 entsprechende § 84 des Entwurfes erklärt ebenso wie § 76 die Frage der Risikoverteilung für relativ zwingend. § 616 BGB ist also ebenso wie § 615 BGB dispositiver Natur [1]).

Besonders praktisch wird die Frage nach der dispositiven Natur der §§ 615 und 616 BGB durch die Formel: „Lohn wird nur für wirklich geleistete Arbeit bezahlt".

Unbestritten ist, daß durch die Klausel die Anwendbarkeit des § 616 BGB ausgeschlossen sein soll [2]). Voraussetzung ist selbstverständlich, daß dem Arbeitgeber nicht durch eine besondere vertragliche Vereinbarung ein Lohnanspruch trotz Nichtleistung von Arbeit zusteht. In Wegfall kommt die Klausel außerdem bei Bezahlung des Arbeitnehmers in festem Wochen- oder Monatslohn, weil es sich hier um Pauschalvergütungen handelt, deren Höhe nicht von der Zahl der wirklich geleisteten Arbeitsstunden abhängig ist, sodaß also trotz Vorhandenseins der Klausel für den Arbeitnehmer kein Lohnausfall eintritt [3]).

Anwendbar soll hingegen die Klausel gerade im Fall einer Betriebsstockung sein, welche eine Nichtleistung der Arbeit zur Folge hat. Praktisch wird die Anwendbarkeit der Formel nur für diejenigen Autoren, welche im Fall von Betriebsstockungen, die auf politische Verhältnisse zurückzuführen sind, dem Arbeitnehmer einen Lohnanspruch für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit zubilligen [4]).

Die Frage der Anwendbarkeit der Klausel spielt in der Praxis vor allem deshalb eine große Rolle, weil sich Auslegungsschwierigkeiten der einzelnen maßgebenden Parteivereinbarung daraus ergeben können, daß zwar die Klausel gewissermaßen als allgemeines Prinzip vorangestellt ist, sich aber sogleich Ausnahmen anschließen, also Fälle aufgezählt werden, in denen doch trotz Nichtleistung von Arbeit dem Arbeitnehmer ein Lohnanspruch zuerkannt wird. Diese Tatbestände sind äußerst mannigfaltig und von einer geradezu willkürlich anmutenden Kasuistik. Am schärfsten kommt der Ausschluß des § 616 BGB zum Ausdruck in

[1]) So die herrschende Lehre siehe u. a. Staudinger § 616 Anm. VIII 1; Planck § 616 Anm. 1; Oertmann § 616 Anm. 5; RGRK § 616 Anm. 1; Titze in Ehrenbergs Handbuch S. 756; Kaskel S. 131; Hueck—Nipperdey S. 194; abweichend Lotmar Bd. 1 S. 220; Bd. 2 S. 231 ff.; für den dispositiven Charakter des § 616 außerdem Osthues Schl.Wesen 1922 Sp. 220 ff., der eine Zusammenstellung der Literatur gibt.

[2]) Ebenso Möckel Schl.Wesen 1923 Sp. 123.

[3]) Ebenso Warncke NZfAR 1929 Sp. 759.

[4]) So Potthoff JW 1922 S. 353; Hueck—Nipperdey S. 193.

den Worten: „Die Bestimmungen des § 616 BGB gelten für die vertragschließenden Parteien als ausgeschlossen“ [1]). Für die Praxis liegt nun die Schwierigkeit darin, daß die verschiedenen in ihrem Verhältnis zu einander unklaren Bestimmungen des Tarifvertrages oder der Arbeitsordnung, evt. auch des Arbeitsvertrages, klargelegt werden müssen. Wie in einem derartigen Falle zu verfahren ist, ist hier nicht zu behandeln, da eine solche Erörterung nicht in den Rahmen der Arbeit fällt.

Was nun den Ausschluß des § 615 BGB betrifft, so ist folgendes zu beachten. Die Klausel ist nicht unter allen Umständen anzuwenden, da sonst die Gefahr bestünde, daß der Arbeitgeber nach Belieben Feierstunden einlegen könnte, und auf diese Weise den Tages- oder Wochenlohn, auf den der Arbeitnehmer rechnet und rechnen muß, in seinem Interesse verkürzte. Das sog. Betriebsrisiko soll durch die Klausel allein nicht ausgeschlossen werden. Die Frage der Betriebsgefahr darf nicht zum Nachteil der Arbeitenden ihre Lösung finden. Ausgeschlossen ist die Klausel ferner bei ungültiger oder nicht fristgemäßer Kündigung, da sie ja in diesem Fall gegen zwingende Kündigungsvorschriften und gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Dasselbe gilt auch bei Gewährung von Urlaub zum Zweck der Stellungssuche [2]).

Aus diesen Ausführungen ist wohl ohne weiteres der Schluß zu ziehen, daß das Betriebsrisiko dem Arbeitgeber durch die Vereinbarung der Klausel „Lohn wird nur für wirklich geleistete Arbeit gezahlt“ nicht abgenommen werden soll. Die Klausel genügt lediglich dazu, um einen Lohnanspruch des Arbeitnehmers nach § 616 BGB auszuschließen.

§ 11.

Der Arbeitsvertragsgesetzentwurf und die gefundene Lösung.

Nach dem Arbeitsvertragsgesetzentwurf schuldet der Arbeitnehmer im Gegensatz zum Dienst- und Werkvertrag sich selbst. Er soll seine Arbeitskraft zur Verfügung des

[1]) So der Reichstarifvertrag für das Malergewerbe vom Februar 1920 § 7 Ziff. 2. (Dieses Beispiel ist entnommen aus Hedemann S. 6 Anm. 8).

[2]) So auch RAG vom 2. 5. 28 Bensh. Samml. Bd. 3 S. 21; a. M. LAG Elberfeld vom 23. 11. 27 Bensh. Samml. Bd. 2 S. 150. Siehe hiezu den vermittelnden Standpunkt Warnckes; NZfAR 1929 Sp. 758, nach dem es auf die Lage des Einzelfalls ankommt. Ist nach der Arbeitsordnung die Zahlung des Lohnes für die Urlaubszeit des § 629 BGB ausdrücklich vereinbart, andererseits aber die Klausel verabredet, so soll der Widerspruch dahin zu lösen sein, daß die Klausel für sämtliche Fälle einer Nichtleistung von Arbeit, aber nicht für die Urlaubszeit des § 629 BGB gelten soll. Ebenso Hueck zu dem RG-Urteil vom 2. 5. 1928 Bensh. Samml. Bd. 3 S. 24.

Arbeitgebers stellen und die Voraussetzungen der Leistung dann erfüllt haben, wenn er arbeitsfähig und arbeitswillig an der Arbeitsstätte erscheint. Wenn der Arbeitgeber von der ihm zur Verfügung gestellten Arbeitskraft keinen Gebrauch machen will oder kann, so soll das seine Sache sein. Der Zufall, der den Betrieb stillegt, hindert den Arbeitgeber eine zu seiner Verfügung stehende Arbeitskraft zu verwerten. Er habe darum das Risiko zu tragen.

So weit die Ausführungen der Denkschrift zum Arbeitsvertragsgesetzentwurf [1]).

Aus dem Gesagten ist sofort als Autor der Denkschrift Potthoff zu erkennen. Daß das von Potthoff aufgestellte Merkmal unrichtig ist, wurde schon oben ausgeführt. Wichtig ist nur, daß aus diesen Darlegungen der Schluß zu ziehen ist, daß bei Betriebsstockungen grundsätzlich der Arbeitgeber das Betriebsrisiko zu tragen hat, sich also insoweit der Entwurf im Einklang mit der hier dargestellten Lösung befindet. Der Grundeinstellung des Entwurfes ist also, wenn auch nicht in der Begründung, zuzustimmen.

Nach dem Entwurf hat der Arbeitnehmer nur die in seiner Person eintretenden Hindernisse zu vertreten. In konsequenter Weise hat er nach § 79 des Entwurfes einen Entgeltanspruch für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit, wenn er durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert wird. Nach § 76 Abs. 1 des Entwurfes hingegen hat der Arbeitgeber alle in der Betriebssphäre eintretenden Hindernisse zu tragen, da er der Herr des Betriebes ist und deshalb das Wagnis tragen muß, daß Betriebsräume, Betriebsmittel, Werkzeuge, Rohstoffe, Aufträge usw. vorhanden und benutzbar sind. In kluger Vorsicht läßt § 76 Abs. 1 des Entwurfes die Frage offen, ob es sich hier um Annahmeverzug handelt oder nicht. M. E. liegt kein Annahmeverzug vor. Einfacher gestaltet sich die Lösung, wenn man sich aus dem Gesichtspunkt, daß Ereignisse, welche den Betrieb betreffen, in die Sphäre dessen fallen, der für die Bereitstellung des Betriebes zu sorgen hat, zu einer Verteilung des Risikos gelangt. Für die Bereitstellung des Betriebes hat aber der Arbeitgeber zu sorgen. Unrichtig ist es, den Arbeitgeber deshalb das Betriebsrisiko tragen zu lassen, weil er der Herr über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers sei, was ja schon deswegen unrichtig ist, weil eine Entscheidung darüber, ob die Arbeitskraft einer Person verwertet werden soll oder nicht, nicht der Arbeitgeber, sondern der Arbeitnehmer selbst zu treffen hat. Die Auffassung Potthoffs wurde bereits als eine zu starke Anlehnung an das römische Recht bezeichnet, welche unter den heutigen Verhältnissen nicht mehr gerechtfertigt ist, da der Abschluß eines Arbeitsvertrages im freien Willen des Arbeitnehmers steht.

[1]) 28. Sonderheft zum RABL II 1923 S. 19 und AR 1923 Sp. 636 37

Es ist also auch beim Entwurf die an Hand der geschichtlichen Entwicklung und durch anderweitige Normen des BGB nachgewiesene Gefahrenverteilung anzutreffen. Alle Ereignisse, welche die Person des Arbeitnehmers betreffen, sollen von diesem vertreten, ein Zufall aber, der in erster Linie die Sphäre des Arbeitgebers und dann erst per consequens die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers berührt, soll vom Arbeitgeber getragen werden.

Von diesem Grundsatz läßt der Entwurf eine Ausnahme zu, wenn es sich um Betriebsstockungen in einem ganzen Berufszweige oder Landstrich handelt. Alsdann sollen die Arbeitnehmer nur einen Anspruch auf das halbe Entgelt haben. Diese Hälftenteilung, welche bereits Kaskel [1]) vertritt aus der Erwägung, daß im heutigen Arbeitsvertrag Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichstark einander gegenüber stünden, läßt sich theoretisch nicht begründen, stellt aber eine an sich glückliche Lösung dar, welche allerdings nur der Gesetzgeber treffen kann. Mit Recht ist nach dem Entwurf vorausgesetzt, daß die Betriebsstockung nicht durch Kampfmaßnahmen von Arbeitgebern verursacht ist, in welchem Fall der Arbeitgeber den Lohn zu zahlen hat, was auch bereits nach geltendem Recht der Fall wäre, da ein Verschulden des Arbeitgebers vorläge, und er deshalb nach § 615 BGB dem Arbeitnehmer den Lohn zu zahlen hätte, Schuldnerverzug des Arbeitgebers läge allerdings nicht vor, da für diesen keine Pflicht zur Beschäftigung des Arbeitnehmers gegeben ist. Hingegen besteht kein Lohnanspruch der Arbeitnehmer, soweit die Betriebsstockung durch Kampfmaßnahmen ihrerseits verursacht worden ist. Daß dieser Bestimmung zuzustimmen ist, bedarf nach den obigen Ausführungen wohl keiner weiteren Begründung [2]).

Schluß.

Der Zweck dieser Arbeit sollte sein, zu zeigen, daß es eine große Unsicherheit bedeutet, wenn man sich scheut, das Problem der Betriebsstockungen aus bestimmten Gesichtspunkten heraus allgemein zu entwickeln. Das Gesetz versagt seinem Buchstaben nach. Stellt man aber das Problem in den Fluß des historischen Werdens, so zeigt sich ein gewisses Schema, das man allerdings nicht stark auf die heutigen Verhältnisse übertragen kann, das aber den Grundgedanken der Risikoverteilung in sich trägt. Dieser besagt, daß jede Partei voll und ganz für ein Ereignis einstehen muß, das in ihren Geschäftskreis, Einwirkungs-

[1]) NZfAR 1922 Sp. 20.
[2]) Siehe zu diesen Ausführungen Molitor—Hueck—Riezler S. 156/57; S. 100; Hedemann S. 42.

oder Rechtskreis oder in ihre Sphäre fällt. Diesen Gedanken findet man auch in den Bestimmungen des BGB, er ist insbesondere in dem Begriff des Annahmeverzugs angedeutet, geht aber über diesen weit hinaus. Auch beim Festhalten an dem schuldrechtlichen Charakter des Arbeitsvertrages, der nach richtiger Ansicht nicht bezweifelt werden kann, findet man in den §§ 615, 616 und 323 BGB die Grundlagen zu einer Risikoverteilung. Diese Betrachtungsweise ermöglicht es auch, den im Arbeitsrecht vorherrschenden Gedanken der auf Solidarität beruhenden Gemeinschaft der Arbeitnehmer zwanglos einzufügen. Eine solche Betrachtung führt über den Annahmeverzug des BGB weit hinaus. Dieser ist viel zu eng und infolge seiner Doppelnatur, die teilweise das Moment der Schuld, teilweise ein unfaßbares Etwas enthält, zu einer sicheren einheitlichen Lösung des Problems ungeeignet. Dem § 615 BGB gegenüber stellt § 76 des Entwurfes einen begrüßenswerten Fortschritt dar, wenn man auch nicht verkennen darf, daß durch den ausdrücklichen allgemeinen Hinweis auf die Bestimmungen des Dienstvertrages, also auch auf den § 615 BGB, wiederum Schwierigkeiten bezüglich der Abgrenzung der beiden Bestimmungen entstehen müssen. Man darf aber nicht vergessen, daß das hier behandelte Problem erst mit dem Niedergang unseres Wirtschaftslebens, der eine Folge des verlorenen Krieges ist, brennend wurde, und es ist zu hoffen, daß mit der Einkehr einer ruhigen Fortentwicklung unseres gesamten Wirtschaftsleben das Problem an seiner Schärfe verlieren wird. Vielleicht ist dann erst für den Gesetzgeber der richtige Zeitpunkt gekommen, die behandelte Frage in einem Gesetz festzulegen. Unter diesem Gesichtspunkt mag es vielleicht ein Glück sein, daß das von so vielen an sich mit Recht ersehnte Arbeitsvertragsgesetz noch nicht ergangen ist und in absehbarer Zeit auch nicht ergeben wird. Durch diese Arbeit sollte gezeigt werden, daß tatsächlich der überkommene Begriff des Annahmeverzugs für den Arbeitsvertrag der Gegenwart nicht mehr paßt, daß er aber nicht ohne weiteres beiseite geschoben werden soll, sondern einer organischen Weiterentwicklung fähig ist aus dem Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit einer Person für die in ihren Rechtskreis fallenden Ereignisse, und daß es so möglich ist eine allgemeine Lösung zu finden, welche bei einem so lebenswichtigen Institut, wie es der Arbeitsvertrag ist, nicht entbehrt werden kann. Dieser Gedanke vermag auch die im Arbeitsvertrag vorhandenen Elemente des Individualismus und Kollektivismus richtig zu erfassen und den Tatsachen am besten gerecht zu werden.